



Universitat de Lleida

Presunción de inocencia y responsabilidad objetiva en las resoluciones del TAS: propuestas de aplicación

Carles Foz Moreno

<http://hdl.handle.net/10803/399232>

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

WARNING. Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.

TESIS DOCTORAL

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y
RESPONSABILIDAD OBJETIVA
EN LAS RESOLUCIONES DEL TAS
Propuestas de aplicación

Autor: Carles Foz Moreno

Director de Tesis: Dr. Andreu Camps Povill

Programa: Actividad Física y Deporte

UNIVERSITAT DE LLEIDA – INEFC

2016

To my beloved wife Rose Mary, for her constant support.

Als meus fills Martina i Carles, i a la meva neta Judit, pel seu recolzament afectiu.

Al meu tutor Andreu, per la seva infinita paciència i ànim constant.

A quienes aman el derecho y el deporte.

INDICE

	<u>Página</u>
INDICE	1
RESUMEN	5
RESUM	7
ABSTRACT	9
ABREVIATURAS.....	11
CAPÍTULO I. –INTRODUCCIÓN	
A.- Actualidad de la materia.....	17
B.- Fijación de la cuestión.....	29
C.- Metodología de trabajo.....	31
CAPÍTULO II. - MARCO TEÓRICO– PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA	
A.- La presunción de inocencia	39
A.1 Concepto y evolución histórica.....	39
A.2 Derecho positivo español, doctrina y jurisprudencia.....	46
A.3 Breve referencia a derecho comparado	63
A.4 Definición de la presunción de inocencia.....	80
B.- La responsabilidad objetiva.....	89
B.1 Concepto y evolución histórica.....	89

B.2 Derecho positivo español, doctrina y jurisprudencia.....	96
B.3 Breve referencia a derecho comparado	130
B.4 Definición de responsabilidad objetiva.....	138
C. Marco jurídico de relación entre ambos principios.....	141

CAPÍTULO III.- ¿CÓMO APLICA EL TAS EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A.- Análisis de los laudos escogidos.....	151
B.- Elaboración de una formulación del principio de presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia del TAS.....	207

CAPÍTULO IV.- ¿APLICA EL TAS EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA? DE SER ASÍ, ¿CÓMO LO APLICA?

A.- Análisis de los laudos escogidos.....	219
B.- Elaboración de una formulación del principio de responsabilidad objetiva a la luz de la jurisprudencia del TAS.....	295

CAPÍTULO V.- ¿CÓMO RESUELVE EL TAS LA CONTRADICCIÓN ENTRE AMBOS PRINCIPIOS?

A.- La necesidad de aplicar la responsabilidad objetiva.....	307
B.- La diferenciación en el estándar de prueba.....	309
C.- La apertura a la discrecionalidad.....	313
D.- La posibilidad de interpretación finalista de la norma.....	315

E.- La posición jurídica del sancionado ante la aplicación del principio de responsabilidad objetiva.....	319
F.- La contraposición entre responsabilidad objetiva y presunción de inocencia.....	323
 CAPÍTULO VI.- PROPUESTAS DE CONCILIACIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LAS RESOLUCIONES DEL TAS RELATIVAS A SANCIONES POR DOPAJE	325
 BIBLIOGRAFIA.....	333
 NORMATIVA CONSULTADA.....	339

RESUMEN

Esta tesis pretende investigar si en los laudos que dicta el TAS se aplican los principios jurídicos de la presunción de inocencia, por un lado, y de responsabilidad objetiva, por otro, analizando en qué modo se aplican, cómo resuelve dicho tribunal la contraposición entre ambos principios, y formulando finalmente unas propuestas de cambios que permitan atender al bien jurídico protegido por cada uno de esos principios.

Para ello, se elabora un marco teórico en el, en primer lugar, se analiza la evolución histórica de ambos principios, a continuación se expone su concepto según el marco jurídico actual del derecho español, con especial atención a la distinción, para ambos principios, entre el régimen sancionador propio del derecho penal y del derecho administrativo sancionador, así como respecto a si el derecho español admite o no, y en qué casos, la responsabilidad objetiva en materia sancionadora. Seguidamente se realiza una breve referencia al derecho comparado, principalmente ámbito de europeo y suizo, respecto a ambos principios, para pasar a elaborar una definición de cada uno y, como conclusión del marco teórico, se examina a continuación el marco jurídico de relación entre ambos principios.

A continuación se realiza un pormenorizado examen y análisis de los laudos que se refieren a cada uno de dichos principios, verificando cómo concretamente los aplica el TAS en los casos a que se refieren los laudos considerados. A continuación se formula una nueva definición de cada principio, partiendo de la definición antes elaborada, pero incorporando las aportaciones jurisprudenciales que resultan del análisis realizado a los laudos del TAS.

Para continuar se examina de qué modo y en qué medida y casos el TAS contrapone dichos principios, y qué respuestas ha elaborado para resolver la contradicción entre ambos.

Finalmente se sugieren criterios de conciliación de los dos principios, formulando propuestas en relación a la norma sancionadora, los medios técnicos, la práctica probatoria, y los criterios para emisión del laudo, todo ello con la intención de conseguir el objetivo de que los laudos del TAS sean respetuosos con ambos principios.

Palabras clave: responsabilidad objetiva, presunción de inocencia, dopaje, legislación europea, arbitraje, derechos fundamentales, derecho administrativo sancionador, derecho penal.

RESUM

Aquesta tesi pretén investigar si als laudes que dicta el TAS s'apliquen els principis jurídics de la presumpció d'innocència, per una banda, i de responsabilitat objectiva, per un altre, analitza de quina manera s'apliquen, com resol el dit tribunal la contraposició entre ambdós principis, i formula finalment unes propostes de canvis que permetin atendre al be jurídic protegit per cadascun d'aquests principis.

Per a això, s'elabora un marc teòric en el que, en primer lloc, s'analitza la evolució històrica d'ambdós principis, a continuació s'exposa el seu concepte segons el marc jurídic actual del dret espanyol, amb especial atenció a la distinció, per ambdós principis, entre el règim sancionador propi del dret penal i del dret administratiu sancionador, així com respecte a si el dret espanyol admet o no, i en quins casos, la responsabilitat objectiva en matèria sancionadora.

Seguidament es fa una breu referència al dret comparat, principalment d'àmbit europeu i suís, respecte a ambdós principis, per passar a elaborar una definició de cadascun i, com a conclusió del marc teòric, s'examina a continuació el marc jurídic de relació entre ambdós principis.

A continuació es fa un detallat examen i anàlisi dels laudes que es refereixen a cadascun dels dits principis, verificant com concretament els aplica el TAS en els casos a que es refereixen els laudes considerats. A continuació es formula una nova definició de cada principi, partint de la definició elaborada anteriorment, però incorporant les aportacions jurisprudencials que resulten de l'anàlisi realitzat als laudes del TAS.

Seguidament s'examina en quina manera, mesura i casos el TAS contraposa ambdós principis, i quines respostes ha elaborat per resoldre la contradicció entre ells.

Finalment es suggereixen criteris de conciliació d'ambdós principis, formulant propostes en relació a la norma sancionadora, els mitjans tècnics, la pràctica probatòria, i els criteris per dictar el laude, tot això amb la intenció d'assolir l'objectiu de que els laudes del TAS siguin respectuosos amb ambdós principis

Paraules clau: responsabilitat objectiva, presumpció d'innocència, dopatge, legislació europea, arbitratge, drets fonamentals, dret administratiu sancionador, dret penal.

ABSTRACT

This thesis intends to investigate whether the arbitrations dictated by the TAS apply the principle of presumption of innocence, on the one hand, and strict liability, on the other, analyzing how they are applied, how that tribunal resolves the contradiction between both principles and finally formulates proposals for changes that allow to attend to the legal right protected by each of those principles.

To that end, a theoretical framework is elaborated in which the historical evolution of both principles is analyzed first, then the actual concept of both principles under the actual Spanish legal framework is set forth, with special attention given to the distinction, in both principles, between the penalty system corresponding to criminal law and that belonging to the administrative disciplinary law, as well as with respect to whether the Spanish law does or does not admit the strict liability in matters of sanctions, and if so, in which cases.

Next a brief reference is made to compared law, mainly of European and Swiss law, with respect to both principles, followed by the elaboration of a definition of each of them and, as a conclusion to the theoretical framework, the legal framework of the relationship between both principles is then examined.

The arbitrations that make reference to each one of said principles are then carefully examined and analyzed, verifying how the TAS is actually applying them in the cases referred to in the arbitrations considered. Then a new definition of each principle is formulated, starting from the previously elaborated definition, but incorporating the jurisprudential contributions by the TAS resulting from the analysis done of the TAS arbitrations.

It is then examined in what way, to what extent and in which cases the TAS is contrasting both principles, and what answers has the TAS elaborated to resolve the contradiction between them.

Finally suggestions of conciliation of both principles are presented, formulating proposals relating the sanctioning rules, the technical means, the evidentiary assessment, and the criteria to dictate the arbitrations, all of it with the aim to achieve that the TAS arbitrations are respectful with both principles.

Key words: strict liability, presumption of innocence, doping, European laws, arbitration, fundamental rights, administrative disciplinary system, criminal law.

ABREVIATURAS

AAF	“adverse analytical finding” o prueba analítica adversa
a.C.	Antes de Cristo
ADD	Attention Deficit Disorder (trastorno de déficit de atención)
Adj.	Adjetivo
Adv.	Adverbio
ADR	Anti-Doping Regulations (Normas Antidopaje)
AMA	Agencia Mundial Antidopaje – también conocida por las siglas WADA
art.	Artículo
AOC	Australian Olympic Committee (Comité Olímpico Australiano)
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATF	Tribunal Federal Suizo o Corte Suprema Suiza
ATP	Association of Tennis Professionals (Asociación de Tenis Profesional)
BGB	“Bürgerliches Gesetzbuch”. o Código Civil Alemán
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Alemán)
C.c.	Código Civil
CAF	Confederación Africana de Fútbol
CAS	Court of Arbitrage for Sport (Corte de Arbitraje para del Deporte) también denominado TAS
CC	Código Civil
CDI	International Disciplinary Court (Corte Disciplinaria Internacional), de la Federación Internacional de Motociclismo
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CGC	Commonwealth Games Canada (Juegos Commonwealth de Canadá)

CIAS	Conseil International de l'Arbitrage en matière de Sport” (Consejo Internacional de Arbitraje Deportivo)
CIO	Comité Internacional Olímpico – también como COI o IOC
CNCDD	Comité Nacional de Competición y Disciplina Deportiva
Consid.	Considerando
COC	Canadian Olympic Committee (Comité Olímpico Canadiense)
COI	Comité Olímpico Internacional – También conocido como IOC o CIO
COPAVEN	Venezuelan National Paralympic Committee (Comité Paralímpico Nacional de Venezuela)
CP	Código Penal (español)
CPC	Código Suizo de Procedimiento Civil
CPP	Código Procedimiento Penal Suizo
d.C.	después de Cristo
DESG	Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft (Federación Alemana de patinaje de velocidad sobre hielo)
ECHR	European Convention on Human Rights (Convención Europea de los derechos humanos) más formalmente conocida como Convention for the Protection of Human Rights y Fundamental Freedoms (Convención para la Protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales). En ocasiones ECHRA también puede referirse al European Court of Human Rights o Court européenne des droits de l’homme (Corte Europea para los derechos humanos)
EPO	Eritropoyetina
et al.	Y otros
et seq	y siguientes
FAW	Football Association of Wales (Asociación de Fútbol de Gales)
F. Der.	Fundamento de derecho
FEI	Federación Ecuestre Internacional
FEPOCIVE	Visually Impaired Athletes in Venezuela (Federación Polideportiva de Ciegos de Venezuela)

FIFA	Fédération Internationale de Football Association (Federación Internacional de Fútbol Asociación)
FIG	Fédération Internationale de Gymnastique (Federación Internacional de Gimnasia)
FIJ	Federación Internacional de Judo
FILA	Fédération Internationale de Luttès Associées (Federación Internacional de Luchas Asociadas)
FIM	Fédération Internationale de Motocyclisme (Federación Internacional de Motociclismo)
FINA	Fédération Internationale de Natation Amateur (Federación Internacional de Natación amateur)
FIG	International Gymnastics Federation (Federación Internacional de Gimnasia)
FIJ	Fédération Internationale de Judo (Federación Internacional de Judo)
F.J.	Fundamento jurídico
FUR	Football Union of Russia (Federación Rusa de Fútbol)
IAAF	International Association of Athletics Federation (Federación Atlética Internacional)
ICC	World Sports Organizations for the Disabled (Organización Mundial de Deportes para Discapacitados)
IIHF	International Ice Hockey Federation (Federación Internacional de Hockey)
IOC	International Olympic Committee- (Comité Olímpico Internacional) También conocido como COI o CIO
IPC	International Paralympic Committee (Comité Paralímpico Internacional)
ISU	International Skating Union (Unión Internacional de Patinaje sobre Hielo)
ITF	International Tennis Federation (Federación Internacional de Tenis)
ITU	International Triathlon Union (Unión Internacional de Triatlón),

IWF	International Weightlifting Federation (Federación Internacional de Levantamiento de Peso)
LCU	Ley de Consumidores y Usuarios
LDIP	Ley Suiza de Derecho Internacional Privado
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJ-PAC	
LTF	Ley sobre el Tribunal Federal Suizo
MHA	Methylhexaneamina
NOC	National Olympic Committee (Comité Olímpico Nacional)
núm.	Número
NWBA	National Wheelchair Basketball Association (Asociación Nacional de Baloncesto en Silla de Ruedas)
NZ-SDA	New Zealand Sports Drug Agency(Agencia Neozelandesa de Dopaje en el deporte)
OC	Olympic Code (Código Olímpico)
O.G.	Olympic Games (juegos olímpicos)
OGH	Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo Austríaco)
O.J.	Ordenamiento Jurídico
OMAC	Olympic Movement Anti-Doping Code (Código Anti Dopaje del Movimiento Olímpico)
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Op. cit.	Obra citada
pág.	Página
págs.	Páginas
par.	Párrafo
p.e.	por ejemplo

PETL	Principles of European Tort Law (Principios del derecho Europeo de Daños)
R.A.E.	Real Academia de la lengua Española
R.C.	Responsabilidad Civil
RD	Reglamento Disciplinario
RFEC	Real Federación Española de Ciclismo
SAD	Sociedad Anónima Deportiva
SCC	Swiss Civil Code (Código Civil Suizo)
Sigs	Siguientes
ss	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SwC	Código Suizo de Obligaciones,
SWF	Samoan Weightlifting Federation (Federación Samoana de Levantamiento de peso)
TAS	Tribunal Arbitral du Sport –(Tribunal Arbitral del deporte) También denominado “CAS”
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TFS	Tribunal Federal Suizo
TUE	Therapeutic Use Exemptions (Exenciones por Uso Terapéutico)
UCI	Unión Cycliste International (Unión Ciclista Internacional)
UEFA	Union des Associations Européennes de Football (Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol)
UEG	Union Européenne de Gymnastique (Unión Europea de Gimnasia)

UIT	Unión Internacional de Tiro
USADA	United States Anti-doping Agency (Agencia Antidopaje de EE.UU.)
USATF Unidos)	USA Track & Field (Federación de Campo a través de Estados
USOC	United States Olympic Committee (Comité Olímpico de EE.UU)
Vide	Véase
VNADO	Venezuelan National Anti-Doping Organization (Comisión Nacional Antidopaje y Sustancias Nocivas a la Salud)
Vol.	Volumen
WADA	World Anti-doping Agency (Agencia Mundial Antidopaje), también conocida por las siglas AMA
WADC	World Antidoping Code – (Código Mundial Antidopaje)
WCF	World Curling Federation (Federación Mundial de Curling)

CAPÍTULO I - INTRODUCCIÓN

A.- ACTUALIDAD DE LA MATERIA

El deporte constituye, sin duda, un fenómeno social y de masas de gran relevancia en nuestra sociedad. Cabe recordar que ya el preámbulo de la vigente Ley del Deporte de 1990 señalaba:

*“El deporte, en sus múltiples y muy variadas manifestaciones, se ha convertido en nuestro tiempo en una de las actividades sociales con mayor arraigo y capacidad de movilización y convocatoria”.*¹

Si la afirmación citada era cierta en la fecha de publicación de la Ley, de la que ya se han cumplido veinticinco años a la fecha de cierre de este trabajo, cabe afirmar que en el período transcurrido desde entonces se ha multiplicado aún más la trascendencia y relevancia social de los fenómenos deportivos, y esto se ha producido, a nuestro juicio por dos motivos principales.

En primer lugar, por razones tecnológicas. En efecto, el crecimiento exponencial de la tecnología de la comunicación, y el acceso a la información por internet, han cambiado el mundo en que vivimos, y el deporte no es ajeno a ello ni mucho menos.

Basta recordar que los teléfonos móviles eran una anécdota futurista en 1990, en una época en que internet no estaba desarrollado ni era conocido por prácticamente nadie, mientras que el desarrollo tecnológico permite actualmente que se pueda seguir un evento deportivo en directo y prácticamente desde cualquier lugar del mundo. Se estima que actualmente hay en uso 5.200 millones de teléfonos móviles en el mundo², y que de ellos, 1.750 millones son “smartphones” o teléfonos inteligentes, es decir que permiten la conexión a internet y, por tanto, el seguimiento de acontecimientos

¹ Ley 10/1990 de 15 de Octubre, BOE 17 octubre 1990, núm. 249.

² Fuente: <http://www.muycanal.com/2014/01/31/futuro-del-telefono-movil>

deportivos, sea en cuanto a resultados solamente, o bien en toda la gama de estadísticas e incluso en la visión en directo del acontecimiento deportivo.³

En segundo lugar, por razones económicas. En efecto, la relevancia económica del deporte ha crecido también de modo exponencial, no sólo en salarios de los profesionales, sino en actividades económicas conexas que en 1990 ya tenían importancia, pero no alcanzaban los niveles actuales, y nos referimos por ejemplo a la publicidad, que actualmente, también por cambios tecnológicos, permite nuevas soluciones como los paneles interactivos, la publicidad virtual, la publicidad online, etc., así como también ha crecido en gran medida el “merchandising” o comercialización de productos relacionados con un deporte o un club, la fidelización de socios mediante imaginativas soluciones como la adquisición de placas de nombre, nichos, etc., y, en definitiva, el transcurso de estos años ha dado lugar todo un repertorio de nuevas actuaciones que suponen un movimiento económico mucho mayor que el que se conocía en 1990, hasta alcanzar un nivel casi impensable no hace muchos años.

Como muestra de la importancia económica del deporte, baste referirnos al “Estudio sobre la Contribución del Deporte al crecimiento de la economía y el deporte en la Unión Europea, de la Comisión Europea”, publicado en Noviembre de 2012⁴, según el cual el porcentaje del valor añadido resultante para el deporte en su definición amplia asciende a 1,76 % del total europeo, por un total de 173.860.000.000 €. Con efectos indirectos e inducidos, este porcentaje se eleva al 2,98% y 294,36 millardos de euros. En cuanto al empleo, el estudio concluye que el porcentaje de empleo directamente relacionado con el deporte se situó en el 2,12% en la UE, esto es 4,46 millones de empleos. A la vista de esos datos, el estudio afirma que *“la participación del deporte en el valor añadido europeo es comparable a la suma de la agricultura, la actividad forestal y la pesca. Es más, esta participación se*

³ Fuente: <http://www.emarketer.com/Article/Smartphone-Users-Worldwide-Will-Total-175-Billion-2014/1010536>

⁴ “Study on the Contribution of Sport to Economic Growth and Employment in the EU” , Directorio General de educación y cultura de la Comisión Europea, Noviembre 2012, pág. 9. <http://ec.europa.eu/sport/library/studies/study-contribution-sports-economic-growth-final-rpt.pdf>

espera que crezca en el futuro” y, asimismo, señala que “uno de cada seis euros generados e ingresados en la Unión Europea está relacionado con el deporte”.

Como consecuencia de ese crecimiento del deporte, de su relevancia social y económica, se sitúa también en la palestra de la opinión pública una serie de actuaciones no estrictamente deportivas pero que sí afectan al deporte y, de entre ellas, nos vamos a centrar en la actividad jurisdiccional y, más concretamente, en la actividad arbitral que ha desarrollado el Tribunal Arbitral del Deporte, en su denominación oficial Tribunal Arbitral du Sport (en adelante TAS) que también puede citarse en este trabajo y en las resoluciones arbitrales como “The Court of Arbitrage for Sport” (en adelante CAS) y que también se conoce como Tribunal de Arbitraje Deportivo o Tribunal Arbitral del Deporte, si bien utilizaremos de modo preferente la denominación CAS o TAS, para evitar confusiones con el Tribunal Español de Arbitraje Deportivo.

El TAS o CAS es un Tribunal Arbitral para el Deporte creado en el año 1983 por el CIO⁵ a iniciativa de quien fue su presidente D. José Antonio Samaranch.

Cabe recordar que, como señala CAMPS⁶, este Tribunal no es una persona jurídica:

“Si bien a nivel popular conocemos esta institución con el TAS, en realidad el TAS no existe como persona jurídica, el TAS es un órgano de una fundación privada denominada CIAS”.

En efecto, el CIAS, es decir el “*Conseil International de l’Arbitrage en matière de Sport*” (Consejo Internacional de Arbitraje Deportivo), fue constituido en Septiembre de 1993 y es una fundación para el arbitraje internacional en materia del deporte, con sede en Suiza, y del cual, en cuanto a finalidad y relación con el TAS, señala JAVALOYES:

“El CIAS se crea con la finalidad principal, por no decir única, de asegurar la independencia del TAS, que desde ese momento pasaría a depender a nivel

⁵ Comité Olímpico Internacional

⁶ CAMPS I POVILL, A. “*La conciliación judicial y el arbitraje*”, Tema 6.2 C, Máster Oficial en Derecho Deportivo, INEFC X Edición 2011-2013. pág. 18.

administrativo y financiero directamente de esta nueva entidad y no del COI. De esta manera, el CIAS garantiza, a través de su estructura, la supervisión, administración y financiación y gestión del TAS. El CIAS tiene personalidad jurídica propia, independiente de cualquier otra organización deportiva. Como se ha apuntado, se constituyó bajo la firma legal de una Fundación sometida al Derecho suizo y en concreto por los artículos 80 a 89 del Código Civil suizo de 10 de diciembre de 1907. Hay que señalar que el TAS no tiene personalidad jurídica por lo que era imprescindible la existencia de una entidad que diera cobertura jurídica al tribunal”.⁷

Aunque los laudos que dicta esta institución se conocen popularmente como laudos dictados por el TAS y así nos vamos a referir a ellos en este trabajo, en realidad el TAS no es propiamente el órgano arbitral, sino que lo son los paneles arbitrales que se forman y que, eso sí, constituyen el TAS. Como dice CAMPS:

“El TAS es el órgano encargado de velar por la constitución de cada una de las formaciones arbitrales o “pannels”⁸, garantizar el correcto desarrollo de los procedimientos y poner a disposición de las partes la infraestructura necesaria para que el arbitraje se pueda desarrollar con toda normalidad. El órgano arbitral propiamente dicho, no es el TAS, sino cada una de las formaciones que se constituyan”.⁹

En cuanto a la competencia del TAS, al tratarse de un tribunal arbitral su ámbito de actuación depende del sometimiento al mismo que las distintas Federaciones Deportivas y/o deportistas, clubs, etc., hayan libremente decidido. Ciertamente su relevancia ha ido creciendo desde su constitución, al adoptarse progresivamente cláusulas de sometimiento al arbitraje por las distintas federaciones, ligas, etc., siendo el caso además que el Tribunal nació con una voluntad de abarcar ampliamente cualesquiera litigios relacionados con el deporte. Así señala nuevamente CAMPS:

⁷ JAVALOYES SANCHIS, V. *“El régimen jurídico del Tribunal Arbitral del Deporte”*, Thomson Reuters Aranzadi, 2014. pág. 111.

⁸ Anglismo que designa las formaciones arbitrales o “paneles”, consistente en el equipo arbitral

⁹ Op. cit. pág. 18.

“El ámbito de aplicación material es muy amplio y se define como la posibilidad de resolver los litigios que guarden relación con el deporte o con los intereses económicos o de otra naturaleza que entren en juego con ocasión de la práctica deportiva o del desarrollo del deporte y de manera general derivados de cualquier actividad relativa al deporte. Vemos, por tanto, que la voluntad de resolución de litigios, a diferencia del modelo español es de máxima amplitud”.¹⁰

El Tribunal se estructura en dos Cámaras, encargada una de ellas la del arbitraje ordinario y la otra del arbitraje de apelación. Como señala JAVALOYES:

“Los asuntos sometidos al arbitraje del TAS se asignan a una u otra cámara, según la naturaleza o el origen del litigio existente entre las partes, Así, la Cámara de arbitraje ordinario va a constituir tribunales cuyo objetivo es zanjar los litigios sometidos al procedimiento ordinario de arbitraje”.¹¹

Respecto a las funciones de la Cámara de arbitraje de apelación añade:

“...forma tribunales/paneles cuya misión es solucionar los litigios sometidos al procedimiento de arbitraje de apelación, que derivan de recursos interpuestos ante decisiones emitidas por los órganos de las organizaciones deportivas”.

El TAS desarrolla con sus arbitrajes una función socialmente muy relevante, pues actúa como órgano último decisorio de los litigios deportivos cuyo arbitraje se le solicita. Por así decirlo, y como resultado de la generalización del sometimiento al TAS como órgano de apelación, cabe afirmar que se ha constituido en una especie de última instancia del deporte.

Al efecto de mostrar la relevancia del TAS y su universalidad, señalamos a continuación los deportes que, según la propia base de datos del TAS, se han sometido a su arbitraje desde que se publican en 1986 hasta la fecha del 31-12-2014 y con el número de pronunciamientos que se detalla:¹²

¹⁰ Ibíd. pág. 18.

¹¹ Op. cit., págs. 118 y 119.

¹² Fuente <http://jurisprudence.tas-cas.org/sites/CaseLaw/Shared%20Documents/Forms/PerSport>.

Deporte	Número de laudos
Esquí alpino	7
Actividades acuáticas y subacuáticas	1
Atletismo	26
Atletismo paralímpico	1
Bádminton	1
Baloncesto	10
Balonmano	2
Beisbol	2
Biatlón	2
Billar	1
Bobsleigh	3
Bowling	1
Boxeo	5
Buceo	2
Canoa	5
Culturismo	1
Ciclismo	42
Competiciones multidisciplinarias	1
Curling	1
Danza Deportiva	1

Equitación	20
Esgrima	1
Esquí de fondo	8
Fútbol	184
Gimnasia	7
Golf	1
Halterofilia	4
Hockey	6
Hockey sobre hielo	10
Judo	4
Lucha libre	6
Motociclismo	2
Natación	31
Patinaje artístico	1
Patinaje de velocidad en grupo “short track”	2
Patinaje de velocidad individual “speed skating”	1
Patinaje sobre ruedas	1
Pentatlón moderno	1
Remo	3
Skeleton	2

Snowboard	5
Tenis	9
Tenis de mesa	2
Tiro	1
Tiro al plato	1
Triatlón	4
Vela	2
Yate (navegación)	1

De entre los deportes más populares del mundo, entre los que podríamos destacar el fútbol, baloncesto, natación y tenis, llama la atención la relevancia del TAS en relación al fútbol, con nada menos que 184 decisiones.

Del fútbol cabe asimismo mencionar que, con 209 asociaciones nacionales afiliadas actualmente a la FIFA, al órgano rector del fútbol internacional se le ha llamado, y con razón, "la ONU del Fútbol". Sólo entre 1975 y 2002 fueron aceptadas como miembros más de 60 asociaciones.¹³ Pues bien, la normativa FIFA establece en su artículo 64 que *“3. Las decisiones adoptadas por la Comisión de Apelación son definitivas y vinculantes para las partes. Quedan reservados los recursos de apelación ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAD)”*, es decir que se puede recurrir ante el TAS, por lo que se puede colegir la enorme relevancia de las decisiones del TAS, aunque sólo fuera por la importancia de este deporte.¹⁴

La ampliación de la competencia funcional del TAS por la vía del sometimiento voluntario a su arbitraje por parte de tantas federaciones se debe, a nuestro entender, al prestigio que ostenta, y a la imparcialidad que se le reconoce.

¹³ Fuente: pág. Web FIFA <http://es.FIFA.com/aboutFIFA/organisation/associations.html>

¹⁴ http://es.FIFA.com/mm/document/affederation/generic/02/41/81/55/FIFAstututen2014_s_spanish.pdf

En efecto, si bien desde nuestra perspectiva de país occidental, democrático, y con una tradición jurídica asentada en unos procedimientos y principios respetuosos con los derechos humanos, la actuación del TAS puede parecernos algo normal, similar a la de cualquier institución arbitral que nos es conocida en nuestro entorno jurídico, no podemos olvidar que muchas de las instituciones que se han sometido al arbitraje del TAS lo hacen desde una realidad sociológica y jurídica, la de sus respectivos países, en los que la imparcialidad de los tribunales jurisdiccionales, y más aún si cabe los arbitrales, no es más que un *desiderátum* que no tiene ni raíces históricas ni culturales en el país, pues es notorio que, por ejemplo, hay Federaciones nacionales que participan en el juego democrático de una Federación internacional, y sin embargo se sitúan en un entorno sociológico de dictaduras más o menos evidentes, donde se carece de tribunales que puedan ser en modo alguno considerados imparciales.

Que el TAS actúa con garantías de imparcialidad no es sólo una opinión de quien suscribe, sino que existe un pronunciamiento judicial específico al respecto. En efecto, la naturaleza de auténtica Sentencia Arbitral de los laudos dictados por el TAS vino confirmado por Sentencia de Tribunal Federal Suizo de 15-3-1993. Como señala Alberto Palomar:

*“...sus letras de nobleza se adquirieron el 15 de marzo de 1993, en una Sentencia del Tribunal Federal –Suizo, el de máxima autoridad jurídica de dicho Estado, por la que resolvió que los laudos arbitrales del TAS “constituían, a la luz de la garantía de imparcialidad ofrecida por sus Estatutos... una auténtica Sentencia Arbitral”.*¹⁵

Como consecuencia del amplio abanico de cuestiones sometidas al arbitraje del TAS, de su imparcialidad, y dada la mencionada trascendencia económica, social y mediática del deporte, las decisiones del TAS tienen una gran resonancia mediática y son analizadas y debatidas por multitud de juristas, periodistas deportivos, y toda clase de creadores de opinión.

Desde el punto de vista económico, cabe afirmar que la privación de una medalla, la anulación de un premio, la sanción económica impuesta, etc., tienen sin

¹⁵ PALOMAR OLMEDA, A. et al. *“Derecho del Deporte”*, Aranzadi, 2013. pág. 1118.

duda gran relevancia no sólo mediática, sino económica, pues sus consecuencias pueden reflejarse en cantidades a veces astronómicas, máxime si pensamos no tan sólo en deportistas individuales, sino en Clubes deportivos que se ven privados de acceder a una competición internacional, por ejemplo, con la ingente pérdida de ingresos que de tal sanción se deriva.

Pero cuando quizá resulta más notorio lo que la Ley del Deporte denomina “*capacidad de movilización y convocatoria*”, a los efectos de este trabajo, es cuando se dictan por dicho tribunal laudos que afectan a deportistas o a equipos que se han convertido en auténticos ídolos nacionales o sociales y, más aún, cuando el público en general cree que el laudo es injusto, bien por pensar que existen motivos espurios detrás de la decisión, bien por resultar, al menos “*prima facie*”, contrario a la cultura jurídica del país del deportista o equipo.

Pues bien, el caso que nos ha suscitado esta reflexión inicial que hemos formulado a modo de introducción, es el que ha venido en llamarse “caso Contador”.

Como es sabido, el ciclista Alberto Contador fue sancionado por infracción del Código antidopaje según laudo del TAS, dictado en fecha 6 de Febrero de 2012 en cuya virtud, como principales consecuencias, fue suspendido durante dos años a contar desde Enero de 2011 y descalificado del Tour de Francia 2010, así como de todas las competiciones en que participó, desde el 25 de Enero de 2011 hasta la fecha de dicho laudo.

Cuando se hizo pública la sanción no se hicieron esperar las reacciones, y se recogieron en los medios numerosos comentarios. Algunos, ciertamente ponderados y razonables, otros de contenido estrictamente jurídico, pero no pocos simplemente irracionales y dictados por una pasión “nacionalista” alimentada no pocas veces por los medios de comunicación.

A título de ejemplo, de entre lo leído en las fechas inmediatas a dichos acontecimientos, me permito citar un blog, que no resultaba especialmente duro en sus críticas, sino que más bien se formulaba preguntas retóricamente, y que decía lo siguiente:

*“Hace unas semanas, el TAS (Tribunal Arbitral du Sport) sancionó a Alberto Contador con dos años de suspensión por el positivo (50 pico gramos de Clembuterol) en el Tour de Francia de 2010 y al mismo tiempo le ha desposeído del Tour que logró en aquella edición y el Giro de 2011; **aun reconociendo el propio TAS que no está probado el dopaje.***

Gran parte de la población española, y especialmente los profesionales del Derecho, nos llevamos las manos a la cabeza al conocer los parámetros jurídicos de la sanción, que parecen vulnerar las garantías procesales básicas de nuestro Estado de Derecho, en particular, la presunción de inocencia.

Sin embargo, analizando la cuestión con frialdad, y aún teniendo presente que el "estatuto deportivo" aplicado por el TAS no forma parte del O.J.¹⁶ español, podemos encontrar en nuestro Derecho una norma con rango de ley que reproduce con exactitud el parámetro legal aplicado por el TAS. En efecto, el art. 13.1 de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte establece que "Los deportistas se asegurarán de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo, siendo responsables en cualquier caso cuando se produzca la detección de su presencia en el mismo." Y ello es así porque la legislación española sigue los estándares de la Agencia Mundial Antidopaje. De esta forma, se obliga al profesional a demostrar su inocencia.

Dejo una pregunta en el aire: ¿Violación del Derecho Fundamental a la Presunción de Inocencia?”¹⁷

El subrayado y negrita es original del propio artículo.

Según se afirma en el propio artículo, el titular del “blog” es un profesional del derecho, o así se autodenomina. Sin embargo, no vamos a polemizar con lo afirmado ni a profundizar en analizar las opiniones jurídicas vertidas, porque resulta irrelevante a los efectos de este trabajo, ya que lo que pretendemos no es estudiar el comentario en sí, sino citarlo en la medida en que nos ha suscitado el interés para acometer este estudio, toda vez que la cuestión esencial que plantea el artículo es si en la citada resolución del TAS se vulnera la presunción de inocencia. Es más, aunque

¹⁶ Ordenamiento Jurídico.

¹⁷ Publicado en el blog: “<http://elopositorajudicatura.blogspot.com.es/2012/03/una-corta-reflexion-sobre-la-presuncion.html>” 15-3-2012.

no lo dice el artículo de forma explícita, creemos que de su redacción se infiere asimismo que el autor considera que se está aplicando una responsabilidad objetiva pues, como veremos, ambos principios se contraponen con notoria ubicuidad.

Así pues, partiendo del artículo citado, y aceptando que, como intentaremos justificar, existe una contraposición entre ambos principios, el de presunción de inocencia y de responsabilidad objetiva, lo que nos proponemos es intentar responder a la pregunta que el artículo formula, para lo cual creemos imprescindible, en primer lugar examinar la por ahora “presunta” aplicación por el TAS de la responsabilidad objetiva y de la presunción de inocencia, y cómo resuelve el TAS en su caso la contradicción entre ambos principios.

B.- FIJACIÓN DE LA CUESTIÓN

Una vez introducido el tema, y al efecto de centrar el “iter” de investigación que se propone este trabajo, creemos apropiado partir de la respuesta a dos preguntas iniciales sobre dichos principios, y una tercera pregunta sobre la relación entre ambos, a saber:

¿CÓMO APLICA EL TAS EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?

¿APLICA EL TAS EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA? ¿DE SER ASÍ, CÓMO LO APLICA?

¿CÓMO RESUELVE EL TAS LA CONTRADICCIÓN ENTRE AMBOS PRINCIPIOS?

Como primera observación señalamos que se puede apreciar una cierta asimetría entre las dos primeras preguntas, que consideramos fruto de que en nuestra cultura jurídica inevitablemente presumimos que el TAS, aún siendo un tribunal arbitral, va a seguir los criterios de cualquier órgano propiamente jurisdiccional que impone sanciones en el sentido de que necesariamente aplicará, al menos en cierta medida, la presunción de inocencia, porque nos parece “de suyo” en todo derecho sancionador. En cambio, cuando pensamos en sancionar en aplicación de una norma, no presumimos de entrada que se aplique el principio de responsabilidad objetiva sino, por el contrario, nos parece lo natural que se tomen en consideración cuestiones subjetivas, la culpa, la negligencia, el dolo, etc.

En efecto, como veremos de forma extensa al estudiar la presunción de inocencia, cabe afirmar que ya desde la Revolución Francesa, y singularmente desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, se produce un cuestionamiento del sistema de represión penal propio del Antiguo Régimen al que sustituye la República Francesa.

En ese contexto se producirá, como veremos, un impulso de la afirmación doctrinal de la relevancia del principio de presunción de inocencia por parte de autores como Cesare Bonesana, (Marqués de Beccaria), quien principalmente a través

de su obra capital “*Dei Delitti e delle pene*” ejerció una enorme influencia en grandes pensadores ilustrados como Voltaire, y que con las posteriores aportaciones doctrinales de grandes juristas como Carmignani, Carrara, y otros, tendrá como efecto la consolidación de la aceptación generalizada de que este derecho fundamental constituye un pilar esencial del estado moderno.

Así, por ejemplo, CARRARA afirmó que la ciencia penal “*presupone la inocencia del ciudadano contra el cual la justicia dirige sus sospechas y sus armas*”.¹⁸

Por otro lado, como segunda observación, señalamos que de las cuestiones formuladas se desprende que partimos de la aseveración de que existe una contradicción entre ambos principios, pero obviamente no pretendemos sostener tal afirmación como una verdad apodíctica, sino que vamos a presentar una justificación inicial de la misma mediante el análisis de ambos principios al formular el marco teórico, y a corroborarla o no posteriormente, a la vista del resultado que se desprenda del análisis pormenorizado de los laudos.

Como tercera observación, anticipamos también ahora que, como se verá en nuestro análisis, la contradicción no se refiere a cualquier tipo de responsabilidad objetiva, sino precisamente a la que deriva en una actividad sancionadora y, en ese contexto, veremos también que las normas sancionadoras que hallaremos contrapuestas con el principio de presunción de inocencia se acercan más, por los motivos que expondremos al final, al derecho administrativo sancionador, que al derecho penal “*strictu sensu*” o al derecho civil de carácter asociativo.

Sin más preámbulos, pasamos por tanto a exponer la metodología de trabajo que vamos a seguir para alcanzar los objetivos previstos.

¹⁸ CARRARA, F. “*Opúsculos de Derecho Criminal*”, Temis, 1980. Vol. 5, pág. 10.

C.- METODOLOGIA DE TRABAJO

Las líneas generales metodológicas que vamos a seguir son las siguientes:

1.- Fijación del marco teórico en el que se va desarrollar este trabajo, para lo cual estimamos indispensable identificar qué entendemos por ambos principios, es decir a qué nos estamos refiriendo concretamente cuando citamos cada uno de ellos.

Esta será la primera tarea a abordar, ya que entendemos imprescindible fijar esta cuestión teórica, por cuanto la elaboración de un concepto de ambos principios afecta de modo transversal a todo el trabajo que se realiza, y nos proporciona la adecuada perspectiva para abordar el análisis y estudio de los laudos.

2.- Compilación de los laudos que hacen referencia a uno u otro principio. Para ello hemos accedido a la base de datos que publica el TAS y que contiene el texto íntegro de 439 decisiones de dicho Tribunal arbitral, desde 1986 hasta Diciembre de 2014. Si bien es cierto que existen otros laudos no publicados, entendemos que la muestra es lo suficientemente significativa para extraer conclusiones en lo que respecta al propósito de este trabajo.

Cabe aclarar también que nos referiremos de modo habitual a la “jurisprudencia” del TAS, en un sentido amplio del término “jurisprudencia”, evitando entrar en la discusión de carácter doctrinal respecto a si puede calificarse como tal las decisiones de un tribunal arbitral, máxime teniendo en cuenta que el mismo TAS cita otros laudos antecedentes refiriéndose a los mismos como “jurisprudencia”.

3.- Lectura y traducción de cada laudo identificando las referencias relevantes que en cada laudo se formulan respecto al principio a que se refieren (de entre los dos que se estudian). Los laudos se analizarán por orden cronológico de publicación, de mayor a menor antigüedad, aunque la numeración que le otorga el TAS a veces induce a confusión por aparecer numerado más antiguo el laudo publicado posteriormente.

El motivo por el que optamos por el criterio de fecha de publicación, es porque en no pocas ocasiones un laudo cita otro de publicación muy reciente, por lo

que utilizar el otro criterio, el de numeración correlativa, supondría una lectura confusa al remitirse en ocasiones a laudos de numeración posterior.

En cuanto a la traducción de los laudos del idioma francés e inglés, es nuestra propia obra por conocer suficientemente ambos idiomas. Del mismo modo señalamos que es traducción propia la de textos originalmente en italiano y en alemán.

4.- Elaboración de un resumen de la aportación que cada laudo presenta al estudio y análisis de en qué medida podemos concluir que los pronunciamientos del TAS afectan a los principios que estudiamos.

A efectos de realizar este trabajo hemos compilado por un lado los laudos que se refieren a la presunción de inocencia, y por otro los que tratan de la responsabilidad objetiva si bien debemos advertir que, obviamente, algunos laudos se sitúan en ambos grupos, precisamente por la contraposición entre ambos principios, aunque, en aras de la brevedad, trataremos de ceñirnos a la cuestión de interés en cuanto a cada uno de los dos principios. Por otra parte, nos reservamos no citar todos y cada uno de los laudos que hacen referencia o mención a uno u otro principio, para evitar repeticiones inútiles cuando los argumentos o las cuestiones fácticas son sustancialmente iguales.

Con el fin de sistematizar adecuadamente la investigación, hemos elaborado un listado de los laudos que hemos analizado para cada uno de los principios que estudiamos, detallando la referencia de cada laudo e incluyendo una breve referencia al contenido del laudo, siendo el resultado el siguiente:

LAUDOS REFERENTES A PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

<u>REFERENCIA DEL LAUDO</u>	<u>REFERENCIA AL CONTENIDO</u>
CAS 95/142 L./Federación Internacional de Natación 14-2-1996	Dopaje e incumplimiento contractual
CAS 95/122 National Wheelchair Basketball Association ¹⁹ (NWBA)/	Dopaje – Es aplicable la responsabilidad objetiva sin necesidad de que

¹⁹ Asociación Nacional de Baloncesto en Silla de Ruedas.

International Paralympic Committee (IPC) laudo de 5-03- 1996	explícitamente se enuncie así en la normativa, si no cabe otra interpretación.
CAS 95/141 L. / Federación Internacional de Natación, 22-4-1996	Dopaje – Suministro sustancia por un tercero –principio proporcionalidad
CAS 98/208 N., J., Y., W./ Federación Internacional de Natación, 22-12-1998	Dopaje – irrelevancia de la intencionalidad a la hora de aplicar la sanción
TAS 98/214 B. / Fédération Internationale de Judo (FIJ), 17-3-1999	Dopaje – Es imperativo mantener la revisión por federación internacional
CAS 98/211 B. / Federación Internacional de Natación, 17-6-1999	Dopaje y estándar prueba – relevancia de la “ <i>mens rea</i> ”
CAS 98/222 B. / International Triathlon Union (ITU), 9-8-1999	Dopaje – “zona gris” – diferente carga de la prueba – beneficio de la duda
CAS 2000/A/281 H. / Fédération Internationale de Motocyclisme), 22-12-2000	Dopaje – Exoneración, trascendencia de los errores de procedimiento
CAS ad hoc Division 00/002 Samoa NOC y Sports Federation Inc./ International Weightlifting Federation 12-09-2000	Suspensión por conducta penalmente punible- Presunción de inocencia hasta el pronunciamiento judicial
CAS 2001/A/317 A./Fédération Internationale de Lutttes Associées, 9-7-2001	Dopaje, la presunción de culpabilidad como medio de lucha contra el dopaje
CAS 2001/A/337 B./Fédération Internationale de Natation, 22-3-2002	Dopaje – sólo deben apreciarse los errores de procedimiento de relevancia
TAS 2001/A/340 Fédération Internationale de Gymnastique (FIG) 19-3-2002	Manipulación de puntuación – la presunción sólo se aplica en derecho penal o disciplinario

TAS 2002/A/358 UCI/ O. & Real Federación Española de Ciclismo (RFEC), laudo de 24-2-2002	Dopaje – no es aplicable Convención Europea de los derechos y libertades fundamentales
CAS 2002/A/385 T./International Gymnastics Federation, 23-1-2003	Dopaje – discrecionalidad para apreciar relevancia de los errores de procedimiento
TAS 2007/O/1381 RFEC & Alejandro Valverde c. (UCI), laudo 26 de Septiembre de 2007.	Dopaje – suspensión de acceso a prueba que supone vulneración de “ <i>nulla poena sine culpa</i> ” y del derecho a ser oído.
CAS 2008/A/1539 Nicholas D'Arcy v. Australian Olympic Committee 27-5-2008	Suspensión por conducta inapropiada – aplicación de código ético
CAS 2011/A/2384 UCI v. Alberto Contador & RFEC, CAS 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador & RFEC, laudo de 6-2-2012	Dopaje - Carga de la prueba – aplicación de estándar de probabilidades en la defensa del sancionado
TAS 2011/A/2433 Amadou Diakite c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), laudo de 8-3-2012	Corrupción pasiva – prueba de conversaciones grabadas no vulnera el orden público procedimental suizo ni los valores del estado de derecho
CAS 2012/A/2789 International Paralympic Committee (IPC) v. I., (COPAVEN), (VNADO) y (FEPOCIVE), laudo de 17-12 2012	Dopaje – los procedimientos seguidos no vulneran la presunción por causa de la discapacidad visual total del atleta.

LAUDOS REFERENTES A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

<u>REFERENCIA DEL LAUDO</u>	<u>REFERENCIA AL CONTENIDO</u>
CAS 94/129 Federación de Tiro de EE.UU & Q. / Union Internationale de Tir (UIT), laudo de 23 -5-1995	Dopaje – no se admite la aplicación de responsabilidad objetiva “ <i>de facto</i> ”. sin norma previa.
CAS 95/142 L./ Federación Internacional de Natación, 14-2-1996	Dopaje- Sanción por mera infracción de la norma – responsabilidad entre la civil y la administrativa por derecho de consumo
CAS 98/211 B. / Federación Internacional de Natación, 17-6-1999	Dopaje– casos de mera inobservancia sin exigencia de “ <i>mens rea</i> ”
TAS 98/214 B. / Fédération Internationale de Judo (FIJ), 17-3-1999	Dopaje – la responsabilidad objetiva como garantía de equidad
CAS 2000/A/281 H. / Fédération Internationale de Motocyclisme), 22-12-2000	Dopaje – ante la falta de intencionalidad se sanciona por negligencia
CAS 2000/A/312 L./Fédération Internationale des Lutttes Associées, 22-10-2001	Dopaje- relevancia de las circunstancias subjetivas si lo permite la norma
CAS 2001/A/317 A./ Fédération Internationale des Lutttes Associées, 9-7-2001	Dopaje- la protección del principio da lugar al traslado de carga de la prueba
CAS 2002/O/373 Canadian Olympic Committee & Beckie Scott / International Olympic Committee (IOC), 18-12-2003	Dopaje – la responsabilidad objetiva como principio de derecho deportivo en la emergente “ <i>lex sportiva</i> ”
CAS Commonwealth Games Canadá & Triathlon Canadá, CG 02/001 G. / laudo de 2-8-2002	Dopaje – Se ratifica la aplicación de la norma antidopaje bajo criterio estricto de responsabilidad objetiva

CAS 2002/A/376 Baxter / International Olympic Committee (IOC), 15-10-2002	Dopaje – producto de marca cuya composición varía de país a país
CAS 2002/A/385 T./International Gymnastics Federation, 23-1-2003	Dopaje – el principio es compatible con el derecho suizo de personalidad
Arbitraje CAS 2002/A/399 P. / Fédération Internationale de Natation (FINA), laudo de 31-1-2003	Dopaje - el desplazamiento de la carga de la prueba es aceptable pese a la similitud con la sanción penal.
CAS 2002/A/432 D. / Federación Internacional de Natación, 27-5-2003	Dopaje – confirma el principio pese a la similitud con procedimientos criminales
TAS 2002/A/423 PSV Eindhoven / Union des Associations Européennes de Football (UEFA), laudo de 3-6-2003	Incidentes racistas – la literalidad de la norma no puede llevar al automatismo en la sanción
CAS 2004/A/593 Football Association of Wales v. UEFA, laudo de 6 -7-2004	Suspensión por conducta inapropiada – no vulnera presunción de inocencia si se aplica un código ético aceptado
Arbitraje CAS 2004/A/ 690 H. v. Association of Tennis Professionals (ATP), laudo 24 -3-2005	Dopaje – el atleta profesional es responsable de las sustancias en su cuerpo
CAS 2004/A/725 United States Olympic Committee v. International Olympic Committee & International Association of Athletics Federation, laudo 20-7-2005	Sanción por alineación – anulación premios, el principio no puede llevar a sancionar por lo que razonablemente no se sabía
TAS 2005/A/958 R. c. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), laudo del 29 -6-2006	Dopaje – la comprobación científica de que la escasez de la sustancia determina que no influye en rendimiento no excluye la sanción.
CAS 2005/A/990 P. v. IIHF, laudo de 24-8-2006	Dopaje- El principio es válido, según derecho suizo, si caben contrapruebas

TAS 2007/O/1381 RFEC & Alejandro Valverde c. (UCI), laudo 26-9-2007.	Dopaje- El principio busca la igualdad de oportunidades y se justifica por imposibilidad el efecto exacto.
CAS 2007/A/1298 Wigan Athletic FC v/ Heart of Midlothian & CAS 2007/A/1299 Heart of Midlothian v/ Webster & Wigan Athletic FC& CAS 2007/A/1300 Webster v/Heart of Midlothian, laudo de 30-1-2008	Derechos contractuales – el principio se interpreta bajo la ley suiza, prescinde del elemento culpabilístico y es un mecanismo de garantía de la confianza contractual.
CAS 2008/A/1461 Justin Gatlin v. United States Anti-Doping Agency (USADA) & CAS 2008/A/1462 IAAF v. USA Track & Field & Justin Gatlin, laudo de 6-6-2008	Dopaje –Atleta con déficit de atención – sancionado pese a tomar medicación necesaria – no se acepta alegación de violación del Acta de discapacidad
CAS 2008/A/1593 Kuwait Sporting Club v. Z. & FIFA, laudo de 30-12-2008	Ruptura contractual – Se aplica el principio prescindiendo de circunstancias subjetivas.
TAS 2008/A/1688 Club Atlético Madrid SAD c. Union Européenne de Football Association (UEFA), laudo de 9-2-2009	Incidentes en Estadio Fútbol – Responsabilidad del club organizador por cualquiera que intervenga con ocasión del encuentro
CAS 2009/A/1912 P. v. International Skating Union (ISU) ²⁰ & CAS 2009/A/1913 Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft ²¹ e.V. (DESG), laudo de 25-11- 2009	Dopaje en sangre - inaplicabilidad a casos de dopaje de un estándar de prueba propio del derecho penal – responsabilidad objetiva por presencia valores anormales en sangre.

²⁰ International Skating Union (Unión Internacional de Patinaje sobre Hielo).

²¹ Federación Alemana de patinaje de velocidad o “DESG”.

CAS 2011/A/2384 UCI v. Alberto Contador & RFEC, CAS 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador & RFEC laudo de 6-2-2012	Dopaje – fijación de criterios distintos de estándar de prueba para sancionador y sancionado – carga de la prueba
CAS 2012/A/2756 James Armstrong v. World Curling Federation (WCF), laudo de 21 -9-2012	Dopaje – aplicación al caso concreto del balance de probabilidades en la prueba
CAS 2012/A/2789 International Paralympic Committee (IPC) v. I., (COPAVEN), (VNADO) y (FEPOCIVE), laudo de 17-12 2012	Dopaje – La discapacidad visual total no exonera de la “culpa in vigilando” y “culpa in eligendo” del atleta, por las sustancias que ingiere.
CAS 2012/A/2804 Dimitar Kutrovsky v. International Tennis Federation (ITF), laudo del 3 -10-2012	Dopaje – relevancia de la ausencia de intencionalidad y de la posibilidad de aumento del rendimiento
Arbitraje CAS 2013/A/3139 Fenerbahçe SK v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), Laudo de 5-12-2013	Incidentes en partido de fútbol – los principios de derecho penal no son aplicables a sanciones por entidades deportivas

Una vez elaborado el listado de los distintos laudos que vamos a analizar para cada uno de los principios, pasamos por tanto a la primera fase de la metodología anunciada, esto es la fijación del marco teórico que nos permita conocer a qué nos referimos al hablar de cada uno de los principios.

CAPÍTULO II - MARCO TEÓRICO –

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y RESPONSABILIDAD OBJETIVA

A.- LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A.1 Concepto y evolución histórica

A fin de centrar el tema, y antes de adentrarnos en la síntesis histórica y análisis jurídico, creemos necesario, como primer paso, citar una definición del principio, siquiera sea de carácter etimológico y sin mayores pretensiones por ahora de profundidad doctrinal jurídica.

A este efecto, nos resulta de utilidad el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, que contiene la definición siguiente:

“Presunción de inocencia.

1. f. Der. La que se aplica a toda persona, aún acusada en un proceso penal, mientras no se produzca sentencia firme condenatoria”.

Hecha por tanto una primera aproximación al significado, acudiendo al sentido literal de las palabras, podemos adentrarnos ya en un breve estudio histórico del mismo.

Tratándose de un concepto jurídico, es obvio que su origen habrá que buscarlo en sociedades humanas organizadas, con unas mínimas bases jurídicas, prescindiendo de las épocas prehistóricas de sociedades humanas primitivas de cazadores y recolectores.

Para nuestro estudio histórico, tomaremos como hito de partida el derecho romano, entendiendo por tal, en definición de PANERO, “*el conjunto de normas jurídicas por las que se rigió el pueblo de Roma a lo largo de su historia*”.²²

Es notorio que hubo otras sociedades organizadas anteriores a Roma puesto que, como ya se aseveraba en el célebre aforismo atribuido a CÍCERON²³, “*ubi homo, ibi*

²²PANERO GUTIERREZ, R. “*Derecho Romano e Historia de Roma*”, Tirant lo Blanch, 2008. pág. 40.

societas, ubi societas, ibi ius”, que se puede traducir por “*donde está el hombre, allí está la sociedad, donde está la sociedad, allí está el derecho*”, y en consecuencia cabe afirmar que donde hubo sociedad humana organizada, hubo derecho, pero, al mismo tiempo, y sin negar por ello la trascendencia jurídica de normas como el Código de Hamurabi²⁴ o las normas de carácter jurídico que se contienen en el Antiguo Testamento, incluyendo su formulación de la Ley del Talió²⁵, etc., lo cierto es que de los sistemas jurídicos que dieron origen a dichas normas, o bien sólo tenemos un conocimiento parcial, fragmentario, o bien simplemente no llegaron a constituir un Corpus jurídico omnicomprendivo de prácticamente todas las situaciones sociales, como sí cabe predicar del derecho romano.

Si a esta diferencia en el grado de conocimiento del sistema jurídico y a su diferente trascendencia para la sociedad en que se desarrolló, unimos el hecho incontestable de que el derecho romano, por razones históricas, nos resulta más próximo y es el que ha informado la construcción del derecho continental del que nuestro sistema jurídico forma parte, creemos justificado atendernos al mismo como momento inicial de nuestro análisis histórico.

La historia de Roma comprende un larguísimo período que abarca desde mediados del siglo VIII a.C., aproximadamente el año 753²⁶, hasta la caída de Roma el año 476 d.C., esto es más de 1200 años de historia, aún cuando cabría sostener un período aún mayor si se acepta que el Imperio Romano sobrevivió en el llamado Bizantinismo, esto es en el Imperio de Oriente, hasta la caída de Constantinopla en poder de los turcos en 1453. En esta larga historia, se gobernó Roma por diversos regímenes políticos, República, Monarquía, Principado o Alto Imperio y, finalmente, Imperio o Dominado, y hubo diversos grados de imbricación del derecho con la religión e incluso con la magia.

²³ MARCO TULIO CICERON, (Arpino, 3 de enero de 106 a. C. - Formia, 7 de diciembre de 43 a. C.) jurista, político, filósofo, escritor, y orador romano, considerado uno de los más grandes retóricos y estilistas de la prosa en latín de la República romana – fuente: <http://www.ecured.cu>

²⁴ Conjuntos de leyes creados en la antigua Mesopotamia hacia 1760 a. C. , en gran parte basado en aplicación de la ley del Talió.

²⁵ Antiguo Testamento (Levítico, XXIV, 17-19, Éxodo XXI, 12 y XXI, 24, Deuteronomio XIX, 21).

²⁶ Conocido como Año 1 o “Ab urbe condita”, es decir “año de fundación de la ciudad”.

Desde el punto de vista jurídico, existe un consenso general entre los autores en considerar como período de “derecho romano” no ya el que concluyó el 476 D.C. con la caída de Roma, sino el que llega hasta la segunda mitad del siglo VI d. C. En este sentido se pronuncia PANERO²⁷ que parte del derecho arcaico, que sitúa en los orígenes de la ciudad de Roma en el 753 AC, para finalizar en el año 565 d. C. año de fallecimiento de Justiniano.

En el mismo sentido se pronuncia FERNÁNDEZ VAQUERO cuando afirma que “*el Derecho Romano es aquel ordenamiento jurídico que rigió al pueblo romano desde el siglo VIII a.C. hasta el siglo VI d.C. (754 a.C. al 565 d.C.)*,”²⁸

En este extenso período de más de 1300 años, podemos destacar un hito jurídico que tiene lugar en el siglo VI d.C., cuando el emperador Justiniano I encargó al jurista Triboniano que llevara a cabo una compilación del derecho romano, labor que se desarrolló entre los años 529 y 534 d. C., y que se conoce como el *Corpus Iuris Civilis*. Dicha obra consiste en una recopilación de las constituciones imperiales y jurisprudencia romanas desde 117 a.C. compuesta por el “*Codex repetitae praelectionis*”, la “*Digesta sive pandectae*”, las “*Institutas*” y las “*Novellae constitutiones*”.

Entre las obras que fueron compiladas destaca la publicada en el año 533 d. C., que conocemos por *Digesto* (*Pandectas* en griego, *Digestum* en latín).

El *Digesto* consiste en una recopilación de la jurisprudencia romana que servía en forma de «citas» a los juristas de la época y que, como veremos, contiene ya conceptos jurídicos que son el antecedente sobre el que se construye nuestro derecho.

Si bien el *Digesto* recoge la obra de diversos autores, destaca sobre todos el jurista Ulpiano, de quien procede nada menos que un tercio del *Digesto*, es decir unos 3000 fragmentos.

Ulpiano (Tiro? 170? - Roma, 228), fue un célebre jurista de origen fenicio, tutor, consejero y prefecto del pretorio del emperador Alejandro Severo. A Ulpiano

²⁷ Op. cit. págs. 43-44.

²⁸ FERNÁNDEZ VAQUERO, M.E, “*Apuntes de Historia del derecho Romano*”, Universidad de Granada, 2013. pág. 2.

debemos la formulación de los célebres tres preceptos del derecho, “*Honestae Vivere*”, “*Alterum Non Laedere*”, y “*Suum Cuique Tribuere*”, es decir “vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo que es suyo”.

Pues bien, en relación con la presunción de inocencia que estamos estudiando, hay que destacar que en el Digesto se recoge el brocardico de Ulpiano “*Sed nec de suspicionibus aliquem damnari, Divus Traianus Adsidio Severus rescripsit: satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*” que podríamos traducir como sigue:

“Mas el Divino Trajano²⁹ respondió en otro rescripto a Asiduo Severo que tampoco debía ser condenado alguien por sospechas; porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”.

Al tratarse de la cita de un rescripto³⁰ de Trajano, si queremos ceñirnos al contenido jurídico del aforismo, excluyendo la referencia a Trajano, quedaría formulado así: “*nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente*”.

Posteriormente al derecho romano, y en el contexto de la historia de Castilla, podemos citar Las *Siete Partidas* (o simplemente *Partidas*), un Código redactado con la denominación original de “*Libro de las Leyes*” durante el reinado de Alfonso X “El Sabio” (1252-1284). El Código de las Partidas, expresa en la partida tercera, Ley 26, lo siguiente:

“*Ley 26: La persona del hombre es la más noble cosa del mundo y por ello decimos que todo juez que hubiere de conocer de un tal pleito sobre el que pudiese venir muerte o pérdida de miembro, que debe poner guardia muy ahincadamente que las pruebas que recibiere sobre tal pleito, que sean leales y verdaderas y sin ninguna sospecha, y que los dichos y las palabras que dijeren afirmando, sean ciertas y claras como la luz, de manera que no pueda venir sobre ellas duda ninguna*”.

²⁹ Marco Ulpio Trajano fue un emperador romano que reinó desde el año 98 hasta su muerte en 117 d.C.

³⁰ Decisión del papa, de un emperador o de cualquier soberano para resolver una consulta o responder a una petición.

Creemos que la formulación en dicho Código contiene, siquiera de manera embrionaria, una formulación del principio de “*in dubio pro reo*”³¹ que, como explicaremos antes de definir el principio de presunción de inocencia, está íntimamente ligado al mismo.

Continuamos nuestro recorrido histórico para, en otro salto en el tiempo, situarnos en Francia, en los años previos a la Revolución Francesa. Estando aún en plena vigencia el Antiguo Régimen o *Ancien régime*³², se publica una obra esencial en esta construcción del concepto moderno de presunción de inocencia. En efecto, es en 1764 cuando ve la luz la obra “*Dei Delitti e delle pene*” (de los delitos y las penas) de Cesare Bonesana (Marqués de Beccaria), quien afirma:

*“Un uomo non può chiamarsi reo prima della sentenza del giudice, né la società può toglierli la pubblica protezione, se non quando sia deciso ch'egli abbia violati i patti coi quali le fu accordata. Quale è dunque quel diritto, se non quello della forza, che dia la podestà ad un giudice di dare una pena ad un cittadino, mentre si dubita se sia reo o innocente? Non è nuovo questo dilemma: o il delitto è certo o incerto; se certo, non gli conviene altra pena che la stabilita dalle leggi, ed inutili sono i tormenti, perché inutile è la confessione del reo; se è incerto, e' non devesi tormentare un innocente, perché tale è secondo le leggi un uomo i di cui delitti non sono provati”*³³

El texto puede traducirse como sigue:

“Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la protección pública, sino cuando se haya decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida. ¿Qué derecho sino el de la fuerza será en que le dé potestad al juez para imponer pena a un ciudadano, mientras se duda si es reo o inocente? No es nuevo este dilema: o el delito es cierto o incierto; si cierto, no le conviene otra pena que la establecida por las leyes, y son inútiles los

³¹ Locución latina que puede traducirse por “en la duda a favor del reo”. Enuncia el principio jurídico en cuya virtud no se puede condenar al acusado por un hecho criminal si existen dudas sobre su culpabilidad.

³² Denominación peyorativa que aplicaron los revolucionarios franceses al régimen anterior, de monarquía absoluta, ausencia de libertades, teocentrismo y desigualdad social.

³³ BONESANA, C. “*Dei Delitti e delle pene*”, Bettoni, 1764. Capítulo 16 pág. 52.

*tormentos porque es inútil la confesión del reo; si es incierto, no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados”.*³⁴

Ya desde esta obra, escrita en un contexto histórico en el que, conviene recordarlo, la tortura era un medio habitual de interrogatorio, se ejerció una enorme influencia en grandes pensadores ilustrados, como Voltaire, Montesquieu, Diderot, Rousseau, y otros.

La publicación en Francia, entre 1751 y 1772, de “*L’Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*”, o “Enciclopedia o Diccionario razonados de las ciencias, artes y oficios”, o bien simplemente “La Enciclopedia”, bajo la dirección de Denis Diderot y Jean d’Alembert, supone uno de los antecedentes esenciales de la nueva mentalidad que sustituyó el teocentrismo por el racionalismo.

En efecto, la posterior revolución francesa supuso no sólo un cambio de régimen político, sino una modificación sustancial de los paradigmas de pensamiento que venían siendo indiscutidos durante siglos. La propuesta republicana o monárquica democrática frente a la monarquía absoluta, la oposición al teocentrismo y su sustitución por el racionalismo, con el efecto extremo del culto a la “diosa Razón”, la puesta en cuestión, en definitiva, de verdades que se tenían por evidentes desde tiempo inmemorial, tuvieron su reflejo en la formulación del derecho emanado de este tan importante período de la historia.

De entre las manifestaciones en el ámbito jurídico de este cambio de pensamiento nos interesa particularmente la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano publicada en Francia en 1789, que define por primera vez, en su artículo 9, la presunción de inocencia en los siguientes términos: “*Debe presumirse a todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona, debe ser severamente reprimido por la ley*”. En la misma declaración se enfatiza que debe considerarse inocente al acusado hasta tanto exista sentencia condenatoria. Se excluye

la presunción de culpabilidad que durante tanto tiempo condenó a hombres inocentes bajo procedimientos inquisitorios secretos, caracterizados por la ausencia absoluta de la garantía de audiencia y del derecho de defensa.

Podemos afirmar que es por tanto desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano cuando se produce un cuestionamiento radical del sistema de represión penal propio del Antiguo Régimen al que sustituye la República Francesa, y cuando se sientan las bases del sistema de garantías procesales que tienen como corolario las modernas constituciones de los estados democráticos.

Con posterioridad a dicha declaración, serán muchos los autores que invoquen el principio de presunción de inocencia que hemos citado. Uno de los primeros juristas posteriores a la Revolución francesa que invocó este importante principio fue CARMIGNANI, quien en una de sus obras denominada *Elementa juris criminalis* publicada en 1833, (Elementos de Derecho Criminal) escribe:

“La base de la presunción es lo que acontece a diario, ya que, lo que sucede con mayor frecuencia es que los hombres se abstengan de delinquir, por ello la ley consagra y defiende la presunción de inocencia para todos los ciudadanos”.³⁵

Aún en el siglo XIX destacamos la figura del jurista italiano Francesco Carrara conocido como "el Maestro de Pisa". Carrara constituye la presunción de inocencia en el centro del proceso penal, pues todas las normas de garantía del imputado enlazan con dicha presunción. Así, leemos en el ensayo de Carrara *“Il diritto e la procedura penale”* lo siguiente:

“La estricta adhesión a las competencias, la leal, completa e inmediata contestación de la acusación, la sobriedad de la custodia preventiva, la plenitud de la prueba, las cautelas para la veracidad de los testimonios, las condiciones para la legalidad de las confesiones, el destierro de todo lo sugestivo, de cada fraude, de cada artificio engañoso que pueda dar a lo falso la apariencia de verdadero, la crítica imparcial en la valoración de los indicios, el campo absolutamente libre para el ejercicio de la defensa, los favores para la defensa, las formas sacramentales de la sentencia, los

³⁵ CARMIGNANI, G. *“Elementos de Derecho Criminal”*, Temis, 1979. pág. 208.

*recursos de apelación y de revisión” son todos corolarios de la presunción de inocencia”.*³⁶

Tras esta breve visión histórica de cómo se ha ido construyendo este derecho fundamental con aportaciones de juristas como los que hemos venido citando, pasamos ahora examinar cómo se recoge en el derecho español.

A.2 Derecho positivo español, doctrina y jurisprudencia

La primera constatación que puede sorprender es que, como ocurre con otros principios jurídicos que consideramos esenciales, no existe sin embargo en nuestro derecho positivo una definición del mismo por el legislador. Esto resulta especialmente destacable teniendo en cuenta que nuestro sistema legal está muy influido por el movimiento codificador, es decir, el nacido esencialmente a partir del Código Civil de Napoleón de 1804 que, a su vez, partiendo de la mentalidad de la Ilustración y su corolario en la Revolución francesa, se fundamentaba en las fuentes filosóficas de la mentalidad jurídica racionalista que concebían el Derecho como un producto de la razón humana, que se concretaba en la ley, y pretendía remediar el desorden en el derecho mediante la formulación de Códigos. En tal contexto de mentalidad codificadora, resulta ciertamente llamativa la falta de formulación explícita de un principio fundamental de tanta relevancia.

Por otro lado, si bien es cierto que no existe tal definición, ni en la Constitución, ni en ninguna otra norma positiva de rango inferior, en cambio sí se cita tal principio en la Constitución española, y se incluye entre los que se enuncian como derechos fundamentales, aunque sin definir un contenido específico del mismo. Así el artículo 24 de la Constitución dice:

“Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

³⁶ CARRARA, F. “*Opuscoli di diritto criminale*”, Prato, 1889. vol. V, pág. 18.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la **presunción de inocencia**.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

La segunda constatación que nos parece relevante es que no sólo no se define el contenido de ese derecho fundamental, sino que, de entrada, tampoco se concreta de forma directa en qué campo del derecho se ha de aplicar. Es decir, cuando el artículo 24 habla de “*de los jueces y tribunales*”, no dice cuáles, por lo que cabe preguntarse a qué jueces y tribunales se refiere, ¿a todos? ¿es aplicable ese derecho, por ejemplo, a tribunales de carácter mercantil? ¿y de carácter civil?. Será el párrafo segundo del artículo 24 el que, al utilizar expresiones como “*ser informados de la acusación formulada contra ellos*”, “*no confesarse culpables*” y, sobretodo, “*hechos presuntamente delictivos*”, nos hace patente que este derecho tiene su campo de aplicación en el ámbito penal. Ahora bien, nos podemos preguntar ¿sólo en el ámbito estrictamente penal? Sigamos la investigación para hallar la respuesta a estas dudas.

Vemos por tanto que la Constitución cita ese derecho fundamental, pero sin aclarar su contenido ni especificar, al menos de modo expreso, el ámbito jurídico de su aplicación. En consecuencia, debemos acudir a la doctrina científica y a la jurisprudencia para que nos aclare el contenido real de dicha norma constitucional y su alcance.

Cabe decir que aunque en una primera aproximación, como bien señala VEGAS TORRES, parecería que al enunciarse tal derecho en el apartado final del artículo 24.2 junto a otros derechos y garantías en relación a la Administración de Justicia sus efectos se ceñirían al ámbito procesal penal, en realidad no será así, y en ese sentido señala:

“Esta primera impresión, sin embargo, debe ser matizada a la vista de la jurisprudencia constitucional, que ha entendido que los derechos y garantías del art.

*24.2 de la Constitución extienden su eficacia, en ciertos casos, más allá del ámbito del proceso penal, a las demás ramas de la jurisdicción y, más allá incluso del campo de lo propiamente jurisdiccional, a la actividad administrativa sancionadora”.*³⁷

En efecto, en la interpretación el artículo 24-2 por el Tribunal Constitucional se produjo muy pronto una aplicación de los principios esenciales contenidos en el mismo a la actividad sancionadora de la Administración y ello pese a que, como señala ALARCÓN:

“los derechos que allí se proclaman están referidos inequívocamente a verdaderos procesos ante los órganos judiciales. En la literalidad del art. 24.2 no hay, pues, nada que permita su traslación a los procedimientos sancionadores de la Administración y sus expresas alusiones al “Juez ordinario” y a un proceso público podían favorecer, precisamente, la exclusión de las actuaciones administrativas de su ámbito”.

*Pese a ello, desde sus primeras sentencias, el TC consagró la aplicación de muchos de los derechos del art. 24.2 de la CE en el procedimiento administrativo sancionador”.*³⁸

En efecto, la STC 18/1981 formuló la siguiente doctrina:

“La solución que se dé a la misma dependerá de la medida en que se entiendan o no aplicables a la Administración, en materia sancionadora, los principios establecidos en el artículo 24 de la Constitución (....) Es necesario determinar su ámbito teniendo en cuenta que la Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la Norma Fundamental. Para llevar a cabo dicha interpretación, ha de recordarse que los principios inspiradores el orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento jurídico punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (artículo 25, principio de legalidad) (...)

³⁷ VEGAS TORRES, J. “Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal”, La Ley, 1993. págs. 13 y 14.

³⁸ ALARCÓN SOTOMAYOR, L. “El proceso administrativo sancionador y los derechos fundamentales”, Thomson Civitas, 2007. pág. 31.

Las consideraciones expuestas en relación con el ordenamiento punitivo y la interpretación finalista de la Norma Fundamental nos llevan a la idea de que los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la Administración en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución. No se trata, por tanto, de una aplicación literal, dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”.

Ahora bien, que esta sentencia haga referencia a la interpretación finalista, y a los matices de aplicación de los principios del artículo 24 a la actividad sancionadora de la Administración, no significa que haya aclarado su contenido, puesto que, como señala ALARCON respecto la jurisprudencia constitucional, es ciertamente ambigua, ya que:

“..abre una vía pero sin que quede claro qué es exactamente lo que debe penetrar en el procedimiento administrativo sancionador, ni en qué medida o con qué matizaciones, ni qué es lo que debe quedar fuera. Marca una dirección pero no hasta dónde hay que llegar en esa dirección.”³⁹

En esta misma línea se pronuncia NIETO, cuando afirma que se ha creado:

*“una situación incomodísima ya que, primero, reina una inseguridad jurídica extrema habida cuenta de que nunca podemos saber de antemano el alcance de las matizaciones que reconocerá en cada caso el Tribunal; y, segundo, se ha terminado en manos del Tribunal Constitucional”.*⁴⁰

Además de las críticas a la situación de indefinición creada por la citada interpretación finalista, nos encontramos con que la propia Constitución, en su artículo 25, con su referencia a la sanción administrativa como origen de sanción o condena, puede entenderse que está vulnerando el principio de separación de poderes, pues ya no es el poder judicial el que tiene reservado esta potestad.

³⁹ Op. cit. pág. 32.

⁴⁰ NIETO GARCÍA, A. “Derecho Administrativo sancionador”, Tecnos, 2005. pág. 561.

En efecto, dicho artículo 25 dice:

“Artículo 25

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”.

Pues bien, a la vista de dicho artículo 25 destacamos, en cuanto a su incidencia en el principio de la división de poderes, el comentario de BAJO quien señala:

“Es un hecho incontrovertible que la Administración ha obtenido, de uno u otro modo, un poder sancionador importante lo que contradice la división de poderes del poder político. En puridad, esta potestad debería de corresponder, dentro de las exigencias del principio de división de poderes, en exclusiva a los Tribunales de Justicia (García de Enterría-Fernández Rodríguez). De ahí que un sector autorizado de la doctrina, tanto penal como administrativa, cuestione la legitimidad teórica de tal potestad (García de Enterría, Parada, Nieto). A su entender, todo poder sancionador debe quedar en manos de los jueces. Sin embargo, a partir de su reconocimiento en la Constitución Española de 1978 (artículos 9, 25 y 106 CE), la discusión en torno a la legitimidad de la potestad sancionadora de la Administración cobra otros tintes de nivel teórico, cobrando mayor importancia la tesis, hoy

dominante de que la potestad administrativa sancionadora, al igual que la potestad de los Jueces y Tribunales (derecho penal), forma parte de un "genérico" ius puniendi⁴¹ del Estado, que es único aunque luego tenga lugar de dos formas distintas (Nieto)".⁴²

Por otra parte, en el apartado 1 del artículo citado se incluye la falta o infracción administrativa bajo el amparo del llamado principio de tipicidad. En relación a este principio expone GARADILLAS, refiriéndose al ámbito administrativo sancionador, lo siguiente:

“Como ha sostenido la doctrina, la tipicidad exige una descripción legal de la conducta específica a la que se conectará una sanción específica. Lo ha explicado con claridad el Tribunal Constitucional, cuando ha sostenido que el principio de tipicidad consiste en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción, porque la norma establezca, con el suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen la infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa (SSTC 61/1990 -EDJ 1990/3537-, 116/1993 -EDJ 1993/3111-, 45/1994 -EDJ 1994/1295-, 151/1997 -EDJ 1997/6364-, 124/2000 -EDJ 2000/11397-, 113/2002 -EDJ 2002/16003-, 129/2003 -EDJ 2003/30561-; entre las últimas, SSTC 297/2005 -EDJ 2005/197282-, 301/2005 -EDJ 2005/180086-, 129/2006 -EDJ 2006/58611-). Así pues, las leyes sancionadoras han de configurarse llevando a cabo el «máximo esfuerzo posible» (STC 62/1982 -EDJ 1982/62-) para garantizar la seguridad jurídica, es decir, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever

⁴¹ Locución latina que significa el derecho o facultad del Estado para castigar

⁴² BAJO FERNANDEZ, M. “La Unidad del Derecho Sancionador”, págs. 6683-6696 en CABANILLAS SANCHEZ, A., (coord.) “Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo”, Civitas, 2002. Vol. 4.

*así las consecuencias de sus acciones (SSTC 151/1997 -EDJ 1997/6364-, 218/2005 -EDJ 2005/144694-)“.*⁴³

Asimismo, como señala la STC 144/2011, de 26 de septiembre, el derecho fundamental a la presunción de inocencia enunciado en el art. 25.1 CE incorpora la regla "*nullum crimen nulla poena sine lege*", que enuncia el llamado principio de legalidad, que también es aplicable al ordenamiento administrativo sancionador y comprende una doble garantía, formal y material (F.D 4º). La garantía formal hace referencia al rango que cabe exigir a la norma sancionadora, siendo la garantía de orden material la consistente en la exigencia de "*lex certa*"⁴⁴, es decir que en ese ordenamiento sancionador se contengan preceptos jurídicos que permitan predecir con suficiente grado de certeza cuales son las conductas ilícitas y sus correspondientes sanciones, si bien esta exigencia no puede ser tan estricta como la que atañe a sanciones penales. Así, transcribimos parte del dicho fundamento 4º de la sentencia:

“debemos en este punto analizar la alegada vulneración del principio de legalidad, art. 25 CE, por lo que procede recordar nuestra doctrina sobre este aspecto.

“Recordábamos en la STC 135/2010, de 2 de diciembre, FJ 4, que “el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 CE incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, que también ‘es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo’, y comprende una doble garantía, formal y material. La garantía material ‘aparece derivada del mandato de taxatividad o de lex certa y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones” (por todas STC 104/2009 de 4 de mayo, FJ 2 y jurisprudencia allí citada). La garantía formal, por su parte, hace referencia al

⁴³ GARADILLAS MARTOS, S. "*Derecho sancionador en las operaciones vinculadas: el principio de tipicidad y legalidad*", publicado el 1-2-2014
http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/sanciones_operaciones_vinculadas_11_7121800_04.html

⁴⁴ Principio que exige que el legislador redacte con la mayor precisión posible la conducta considerada delictiva.

rango necesario de las normas tipificadoras de dichas conductas y sanciones, toda vez que la doctrina constitucional reitera que el término “legislación vigente” contenido en el art. 25.1 CE es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora (por todas STC 77/2006, de 13 de marzo, FJ único y jurisprudencia allí citada)” Hemos considerado que “la aplicación de esta doctrina al ámbito administrativo sancionador requiere no obstante, introducir algunos matices, como el alcance de la reserva de ley contenida en el art. 25.1 CE que tiene, en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, una eficacia relativa o limitada, no pudiendo ser tan estricto como el que se aplica a los tipos y sanciones penales por distintas razones que atañen 'al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias' (STC 2/1987, de 21 de enero), bien 'por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación territoriales (STC 87/1985, de 16 de julio) o materiales'. De este modo, el mandato del art. 25.1 CE aplicado al ámbito administrativo sancionador determina que es necesaria la cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, pero no excluye que esa norma contenga remisiones a disposiciones reglamentarias, siempre que en aquélla queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, de tal forma que quede totalmente excluido que las remisiones de la ley al reglamento hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (STC 104/2009, de 4 de mayo, FJ 2 y 3 y jurisprudencia allí citada)”.

Respecto a dicha garantía material se dice en STC 242/2005, de 10 de octubre lo siguiente:

“La garantía material, por su parte, aparece derivada del mandato de taxatividad o de lex certa y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. Por tanto, la garantía

material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador”.

Asimismo la STC 162/2008, de 15 de diciembre, señala sobre este particular:

«La garantía material, por su parte, «aparece derivada del mandato de taxatividad o de lex certa y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones» (por todas, STC 242/2005, FJ 2)”.

El citado principio de tipicidad en el ámbito administrativo sancionador se desarrolla en el artículo 129 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor:

“Artículo 129 Principio de tipicidad

1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la administración local en el título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local”.

Asimismo, en el párrafo 3 de dicho artículo 25 de la C.E. se hace también referencia a las sanciones a los efectos de prohibir que la Administración pueda imponer sanciones que lleven a la privación de libertad pues, se sobreentiende, esta facultad queda reservada al poder judicial.

Ahora bien, aunque hayamos visto claramente que el principio de tipicidad viene incluido entre los aplicables al ordenamiento administrativo sancionador, cabe

preguntarse si ha habido otros derechos también declarados aplicables. Sobre este particular, y en relación a la labor realizada por el Tribunal Constitucional, señala ALARCÓN:

“Donde el TC ha alcanzado mayor precisión es en la enumeración de los derechos del art. 24.2 CE que resultan aplicables en el procedimiento punitivo administrativo. En muchas sentencias ha procedido, incluso, a realizar una lista. Así, en las sentencias 89/1195, de 6 de junio, y 45/1997 de 11 de marzo, dice:

“Es doctrina reiterada de este Tribunal y del tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) la de que los principales principios y garantías constitucionales del (...) proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento administrativo sancionador y, así, entre aquellas garantías procesales hemos declarado aplicables el derecho de defensa (STC 4/1982) y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación (SSTC 31/1986, 190/1987, 29/1989) y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (SSTC 2/1987, 190/1987 y 212/1990), así como el derecho a la presunción de inocencia (SSTC 13/1982, 36 y 37/1985, 42/1989, 76/1990 y 138/1990.

*Igualmente, las SSTC 272 y 316/2006, de 25 de septiembre y de 15 de Noviembre; 9/2003, de 20 de enero; 116/2002, de 20 de mayo, y 14/1999, de 22 de febrero, entre muchísimas otras, declaran trasladados “sin ánimo de exhaustividad, el derecho de defensa, que proscribire cualquier indefensión; (...) el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales”.*⁴⁵

El subrayado en la sentencia es nuestro, para resaltar lo referido al principio de presunción de inocencia, y visto que, como hemos expuesto, se incluye entre los derechos aplicables a las sanciones administrativas, nos interesa ahora precisar cuál es su contenido, más allá, si cabe, de la sentencia que acabamos de citar y subrayar.

Sobre este particular, resulta muy ilustrativa la explicación del constitucionalista BELDA, quien dice:

⁴⁵ Op. cit. págs. 37 y 38.

*“Este derecho fundamental asegura que el ciudadano sometido a un proceso penal (aunque luego veremos la extensión del derecho a otros campos) no sea considerado “a priori” culpable (derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe de infracciones) y que pierda su condición de inocente sólo y exclusivamente por una resolución judicial en forma de sentencia, pronunciada por un tribunal independiente, imparcial y establecido por la ley (STC 157/95 caso Gómez Pérez, f.j. 2º) tras un proceso en el que se hayan respetado todas las garantías constitucionales al efecto”.*⁴⁶

Este mismo autor y en el mismo trabajo explica, respecto al alcance del derecho fundamental, lo siguiente:

“la presunción de inocencia está también presente en otros ámbitos extraprocesales como un derecho a ser tratado como inocente (SSTC 109/86 caso Monrabal o 166/95 caso Juan Guerra), y muy en especial en el derecho administrativo sancionador (STC 18/1981 caso Blanco c. Gobierno Civil de Barcelona, f.j. 2º). La sanción que proviene de los poderes públicos, sea de carácter judicial o administrativa, debe aplicarse tras el razonamiento en sentencia o resolución administrativa de los pasos que han llevado a la sanción de un comportamiento...no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas(...) (f.j. 8º -STC 76/90 caso Ley General Tributaria y f.j. 5º STC 14/97 caso Lameiro)”.⁴⁷

Añade, además:

“En cualquier caso, la aplicación de la presunción en el ámbito administrativo no es automática y al igual que ocurre con las garantías procesales debe adaptarse a las características del procedimiento sancionador (p.e. ST 45/97, caso De la Campa, f.j. 3º)”.⁴⁸

⁴⁶ BELDA PEREZ-PEDRERO, E. “La presunción de inocencia”, Revista Parlamento y Constitución, Edición Cortes de Castilla-La Mancha, Nº 5, 2001. **pág.** 180.

⁴⁷ Vide **pág.** 182.

⁴⁸ Vide **pág.** 182.

GONZALEZ NAVARRO señala que la presunción de inocencia tiene, tanto en derecho administrativo sancionador como en derecho penal, los siguientes caracteres:

“Toda condena debe ir siempre precedida de una actividad probatoria, impidiendo la condena sin pruebas.

*Las pruebas tenidas en cuenta para fundamentar la decisión de condena han de merecer tal concepto jurídico y ser constitucionalmente legítimas”.*⁴⁹

Respecto a la jurisprudencia que nos permita construir un concepto de presunción de inocencia, nos limitaremos a recoger varios párrafos que consideramos esenciales de Sentencias del Tribunal Constitucional, incluyendo algunas que, como la 76/90, ya han sido mencionadas en las citas anteriores, y, en particular, una más reciente sentencia del Tribunal Constitucional número 52/2010 del- 04/10/2010 Sala Primera. Damos por reproducida la STC 18/1981 que es esencial para la comprensión de la evolución jurisprudencial y ya hemos citado más arriba.⁵⁰ Para mayor claridad expositiva, nos permitiremos el subrayado de párrafos esenciales.

STC 76/90 caso Ley General Tributaria:

...En lo que atañe al art. 145.3 de la LGT, los Senadores recurrentes sostienen que la presunción de certeza que dicho precepto establece es incompatible con la presunción constitucional de inocencia (art. 24.2) en materia sancionadora y coloca además al contribuyente en una inconstitucional situación de indefensión (art. 24.1), pues se transforma la presunción de inocencia en una presunción de culpabilidad y se obliga al contribuyente a demostrar su inocencia mediante la muy difícil acreditación de unos hechos frecuentemente negativos. Con ello se invierte el juego normal de la presunción constitucionalizada en el art. 24.2, se sacrifica en exceso la seguridad jurídica del ciudadano y se incurre en arbitrariedad transgresora del art. 9.3 de la Constitución. A su juicio, el problema es particularmente grave en el orden penal, y a ello dedican la práctica totalidad de su argumentación, ya que, con

⁴⁹ GONZÁLEZ NAVARRO F. et al. “Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común”, Montecorvo, 1978. pág. 1280.

⁵⁰ Vide págs. 41 y 42.

arreglo a la Ley Orgánica 2/1985, de 29 de abril, sobre delitos contra la Hacienda Pública, basta con el levantamiento de un acta de Inspección para que se gire la correspondiente liquidación tributaria y, si la cuantía de la infracción fuera bastante, se inicie un procedimiento penal sin necesidad de agotar la vía administrativa previa y, por tanto, sin que el contribuyente pueda formular alegaciones y practicar pruebas en esta vía, actividades que se ven así reconducidas al marco penal. En definitiva, los recurrentes denuncian el trascendente valor que, en el orden penal, el precepto impugnado otorga a las actas de la Inspección, convirtiendo la presunción de inocencia en una presunción de culpabilidad. Para los recurrentes, las actas de la Inspección no pueden tener otro valor que el de una simple denuncia, correspondiendo a la Administración probar en el proceso penal los hechos imputados al sujeto pasivo, sin que pueda auto dispensarse “ope legis”⁵¹ de dicha carga, pues tal exoneración conduce a la absoluta indefensión de los contribuyentes:

.....B) Las objeciones que los Senadores recurrentes formulan a la redacción del art. 145.3 tienen sin duda mayor relevancia constitucional y una más sólida consistencia argumental. Las razones en las que fundamentan su impugnación han quedado ampliamente reflejadas en los antecedentes de esta Sentencia, un resumen de las cuales se recoge también en el encabezamiento del presente fundamento jurídico. En sustancia, la representación actora sostiene que el precepto legal configura una injustificable inversión de la carga de la prueba que lesiona el derecho fundamental a la presunción de inocencia (art. 24.2 de la Constitución) y coloca al contribuyente en una virtual posición de indefensión al exigirle la prueba contraria de hechos frecuentemente negativos. Frente a ello, el Abogado del Estado arguye que no hay conexión entre la presunción de exactitud de los hechos consignados en las actas de la Inspección a que se refiere el precepto impugnado y la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución, pues la primera opera en el plano de los hechos, cuya existencia queda acreditada en el acta extendida por el inspector, en tanto que la segunda atañe a un juicio estimativo de culpabilidad que es por completo ajeno al contenido normativo del precepto impugnado; en consecuencia, no puede haber colisión entre el art. 145.3 de la LGT y el art. 24.2 de la Constitución.

⁵¹ Locución latina que significa por obra de la ley; en virtud de ella.

.....

En efecto, no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas en general o tributarias en particular, pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta: que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio.

.....

Queda por examinar finalmente la eficacia que a las actas y diligencias de la Inspección haya de darse, según el art. 145.3, en el orden penal, y si dicha eficacia contradice en sus puros términos, como creen los recurrentes, la presunción constitucional de inocencia o si, por el contrario, es susceptible de una aplicación compatible con el respeto a este derecho fundamental y a los principios constitucionales que rigen el proceso penal.

Conviene para ello recordar sucintamente que la presunción de inocencia reconocida en el art. 24.2 de la Constitución comporta en el orden penal, al menos, las cuatro siguientes exigencias: 1.ª, la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponde exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una probatio diabólica⁵² de los hechos negativos; 2.ª, sólo puede entenderse como prueba la practicada en el juicio oral bajo la inmediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad; 3.ª, de dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral

⁵² Locución latina que hace referencia a cómo se considera la exigencia de una prueba negativa, que puede resultar de imposible acreditación (STS 296/2000, de 22 de enero).

sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio del derecho de defensa o la posibilidad de contradicción, y 4.ª, la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del órgano judicial, que éste ejerce libremente con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración.

A la luz de esta doctrina constitucional, no es admisible que el proceso penal pueda resultar condicionado por una presunción previa derivada del procedimiento administrativo de inspección y comprobación de la situación tributaria del contribuyente, pues ello significaría que la documentación de la Inspección tendría a efectos penales un valor de certeza de los hechos que en la misma se hacen constar, viniendo obligado el pretendido infractor a destruir aquella certeza mediante la prueba en contrario de su inocencia. Tal interpretación del art. 145.3 de la LGT sería inconstitucional, como así lo afirman con toda razón los Senadores recurrentes. Mas no es ésta la única exégesis posible del citado precepto, ya que el acta de la Inspección contiene la constatación de unos hechos de los cuales se infiere una notitia criminis⁵³ suficiente para la apertura de un proceso penal, dentro del cual y en la fase del juicio oral tendrá el valor probatorio como prueba documental que el Juez penal libremente aprecie, con respeto a todos los derechos reconocidos por el art. 24 de la Constitución y profusamente interpretados por la doctrina de este Tribunal, que tanto ha insistido en la exigencia, entre otros, del principio acusatorio, el principio de contradicción y los de publicidad, libre defensa del acusado y libre apreciación judicial de la prueba.

En consecuencia, interpretado así y con el alcance señalado en el presente fundamento jurídico, el art. 145.3 de la LGT no es inconstitucional“.

STC 157/1995, de 6 de Noviembre de 1995:

“2uno de los principios cardinales del ius puniendi contemporáneo, en sus facetas sustantiva y formal, es aquel que proclama la presunción de que toda persona acusada de una infracción es inocente mientras no se demuestre lo contrario. Aun cuando no sea una creación “ex nihilo”⁵⁴, ya que inspiraba la entera estructura de

⁵³ Locución latina que significa noticia de un crimen, hace referencia generalmente a la denuncia que se formula.

⁵⁴ Locución latina traducible por "de la nada" o "desde la nada".

nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal desde 1881, ha recibido un vigor inusitado por obra y gracia de su configuración como derecho fundamental en el artículo 24 de la Constitución, cuya interpretación -según indica el artículo 10 del mismo texto- ha de hacerse a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los demás tratados internacionales sobre la materia ratificados por España, como lo fue en 1979 el de Roma (1950), sin olvidar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Su lectura pone de manifiesto que el principio más arriba enunciado sintéticamente ofrece mayor complejidad si se observa que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 de aquel Convenio)”.

STC 14/97, caso Lameiro:

“5. Con carácter general, en la STC 76/1990 declaramos que "no puede suscitar ninguna duda que la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas..., pues el ejercicio del ius puniendi en sus diversas manifestaciones está condicionado por el art. 24.2 de la Constitución al juego de la prueba y a un procedimiento contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones. En tal sentido, el derecho a la presunción de inocencia comporta que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; y que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio" (fundamento jurídico 8º.B)”.

Finalmente citamos la Sentencia del Tribunal Constitucional - 52/2010 - 04/10/2010 Sala Primera, transcribiendo un párrafo de la misma que en definitiva resume de alguna manera el acervo jurisprudencial que se ha ido creando respecto al contenido de este derecho, y que, a los efectos de este trabajo, nos sirve por todas, puesto que la posterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional se limita a reiterar

estas declaraciones, u otras muy similares, en relación a la misma cuestión. Lo que dice es:

*“Conforme a la doctrina de este Tribunal, desde la STC 31/1981, de 28 de julio, el derecho a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio y en esta vía constitucional de amparo, se configura como el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida. Por tanto, "sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de Mayo, FJ 2; 26/2010, de 27 de abril, FJ 6)".*⁵⁵

Si profundizamos en el análisis de esta última sentencia citada, veremos que, partiendo ya de la doctrina fijada en la STC 31/1981, está entrecomillando la respuesta a la pregunta ¿qué es la presunción de inocencia?, pues el Tribunal ha dicho: “*el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida*”.

La pregunta obvia, al hilo de dicha respuesta, es ¿cuándo se produce tal circunstancia, y por tanto, cuándo se vulnera tal derecho? Sobre este particular, extraemos de la sentencia las afirmaciones del Tribunal:

“cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías”

“cuando no se motive el resultado de dicha valoración”

“cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado”

⁵⁵ Boletín Oficial del Estado: viernes 29 de octubre de 2010, Núm. 262, Sec. T.C. págs. 37 a 45.

La conjunción “o” inserta entre las tres posibilidades, da a entender claramente que habrá vulneración del derecho cuando concurra cualquiera de las tres circunstancias, sin necesidad de que concurran ni las tres, ni siquiera dos de ellas.

Hemos afirmado que la aplicación de ese derecho se considera como una de las columnas de la existencia de un Estado democrático de Derecho. Pues bien, también lo entiende así la jurisprudencia y explícitamente lo señala, por ejemplo, el Tribunal Supremo Sala Segunda con ocasión de la sentencia del conocido como caso “Padre Coraje”, sentencia de 11 de Octubre de 2006, que afirma:

“El sistema penal propio de un Estado democrático de Derecho, basado en principios que reconocen derechos individuales, y entre ellos el derecho a la presunción de inocencia, no puede asumir la condena de los inocentes, aún cuando ello sea a costa de confirmar en ocasiones la absolución de algunos que pudieran ser culpables”.

No podemos dejar de destacar que nos llama poderosamente la atención el hecho que nuestro Tribunal Supremo, en esta sentencia de 11 de Octubre de 2006, está en realidad citando a Trajano⁵⁶, pues es casi idéntica la formulación del rescripto citado por Ulpiano en el Digesto, como hemos visto⁵⁷. Es muy significativo que nos separen, por tanto, 1900 años de historia, pero nos una la preferencia por la absolución del culpable frente a la condena del inocente.

A.3 Breve referencia a derecho comparado

Creemos imprescindible realizar una referencia, siquiera breve, al derecho europeo, expresión que utilizamos en un sentido amplio, toda vez que nos referiremos a ese acervo común de protección jurídica de los derechos fundamentales que emana tanto de instituciones de la Unión Europea, como es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que no es una institución de la Unión Europea, sino que nace del tratado llamado Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y a cuya jurisdicción se han sometido los 47 Estados miembros del

⁵⁷ Vide pág. 35.

Consejo de Europa (es decir todos los estados europeos salvo Bielorrusia y Kazajistán).

En efecto, pretendemos complementar el estudio del derecho interno español con las otras dos ramas, esto es la europea comunitaria y la derivada del Convenio Europeo de Derechos Humanos y en este sentido, coincidimos con la visión de FREIXES para quien:

*“...nos encontramos ya dentro de un sistema, integral aunque todavía inacabado, de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales, que comprende tanto el sistema comunitario y el derivado de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros de la Unión, como el sistema del Consejo de Europa, además del producido por los órganos legislativos propios. Este sistema, con estas tres ramas, la europea comunitaria, la derivada del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la del derecho interno, está hoy en día más armonizado de lo que en general se piensa, y representa los grandes valores sobre los que se fundamenta el patrimonio europeo común”.*⁵⁸

Asimismo haremos una breve referencia a documentos no normativos como el Libro Verde de la Presunción de inocencia de la Comisión de las Comunidades Europeas y, por otra parte, y por su especial incidencia en el TAS como argumentaremos después, se hará también una referencia explícita al derecho suizo pero, en cambio, nos abstendremos de hacer una referencia detallada al derecho de los países de nuestro entorno cultural y político, con la anunciada excepción de Suiza, porque no aportaría novedad esencial al debate, ya que, como señala BELDA, *“las constituciones vigentes de nuestro entorno recogen esa garantía”*.⁵⁹

Hemos optado por esa visión amplia del derecho europeo, porque en la realidad jurídica y política actual no se puede comprender el derecho español como un sistema aislado, sino que la cabal comprensión del mismo requiere el estudio del contexto europeo, y no sólo de los tratados firmados o de las directivas o reglamentos

⁵⁸ FREIXES SANJUAN, M. T. *“Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”*, Revista de derecho constitucional europeo, 2005. Nº. 4 pág. 1.

⁵⁹ Op. cit. pág. 3.

Europeos, de aplicación directa en España (y por tanto, en realidad derecho español), sino incluso también de los tratados de ámbito europeo suscritos por España, e incluso los proyectos europeos, libro blanco, recomendaciones, y otras manifestaciones de carácter jurídico que más pronto que tarde van a cristalizar en derecho positivo. Además, la propia Constitución Española, en su artículo 10, configura tales tratados y principios como norma hermenéutica, cuando señala:

“De los Derechos y Deberes Fundamentales

Artículo 10

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Como señala M.A. APARICIO en referencia al artículo citado:

*“Con esta previsión del artículo 10.2 de la Constitución, el constituyente introduce un factor de garantía en tanto en cuanto los derechos y libertades deberán inspirarse en la legislación internacional asumida jurídicamente por el Estado y, además, implicará el arbitraje de mecanismos jurídicos de la misma naturaleza para, en su caso, hacerlos efectivos”.*⁶⁰

Entrando ya en el estudio concreto de esos mecanismos jurídicos de carácter internacional entendemos de capital importancia considerar tres de ellos, consistentes, en primer lugar, en una carta de derechos de carácter comunitario, en segundo lugar en las normas que regulan la protección de derechos fundamentales en el ámbito del Consejo de Europa, y en tercer lugar en las normas de carácter comunitario que rigen un Tribunal de Justicia Europeo.

⁶⁰ APARICIO PEREZ, M. A. et al. *“Manual de derecho constitucional”*, Atelier, 2009. pág. 644.

El primer mecanismo legislativo que nos ocupa, de derecho comunitario, es la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶¹, documento que reconoce una serie de derechos personales, civiles, políticos, económicos y sociales de los ciudadanos y residentes de la UE, consagrándolos en la legislación comunitaria. La Carta fue enmendada y proclamada por segunda vez el 12 de diciembre de 2007, por lo cual, una vez ratificado el Tratado de Lisboa⁶², adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados para todos los países de la Unión Europea, con excepciones para Polonia y el Reino Unido, vinculación que resulta de la aplicación del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, en su redactado tras la reforma de Lisboa, que señala:

“Artículo 6

1. La notificación a que se refiere el apartado 4 deberá presentarse no más de seis meses después de la adopción definitiva de una medida que desarrolle el acervo de Schengen.

En caso de que Dinamarca no presente una notificación con arreglo a los artículos 3 ó 4 relativa a una medida que desarrolle el acervo de Schengen, los Estados miembros vinculados por dichas medidas y Dinamarca estudiarán la adopción de medidas apropiadas.

2. Se entenderá que toda notificación en aplicación del artículo 3 relativa a una medida que desarrolle el acervo de Schengen constituye irrevocablemente una notificación conforme al artículo 3 respecto de toda propuesta o iniciativa ulterior destinada a desarrollar esa medida, siempre que dicha propuesta o iniciativa desarrolle el acervo de Schengen”.

El objetivo de esta carta, según la propia Unión Europea, es:

“contener los principios generales recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y los derivados de las tradiciones constitucionales comunes de los

⁶¹ Fuente: Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 18-12-2000, (2000/C 364/01).

⁶² Abreviación por la que se conoce el “Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.

*países de la UE, así como los derechos económicos y sociales enunciados en la Carta social europea del Consejo y en la Carta comunitaria de los derechos sociales y fundamentales de los trabajadores, así como los principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos..... Al dar mayor visibilidad y claridad a los derechos fundamentales, establece una seguridad jurídica dentro de la UE”.*⁶³

Pues bien, dicha carta establece:

“Artículo 48 Presunción de inocencia y derechos de la defensa

1. Todo acusado se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada

2.- Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa”.

Como vemos, por tanto, se recoge una formulación explícita que entendemos no precisa mayor aclaración.

Un segundo mecanismo jurídico, que no constituye derecho comunitario sino que está vinculado al Consejo de Europa, es el que resulta de las normas que rigen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (TEDH) también denominado Tribunal de Estrasburgo y Corte Europea de Derechos Humanos, que no es una institución de la Unión Europea, sino un tribunal internacional al que puede recurrir cualquier persona que cumpla los siguientes requisitos:

- a) Que se hayan violado los derechos que le reconoce el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o cualquiera de sus Protocolos adicionales.
- b) Que dicha violación se haya producido estando legalmente bajo la jurisdicción de un Estado miembro del Consejo de Europa.
- c) Que haya agotado los recursos judiciales disponibles en ese Estado sin obtener satisfacción a sus pretensiones.

⁶³http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/l33501_es.htm

Dicho Tribunal es la máxima autoridad judicial para la garantía de los derechos humanos y libertades fundamentales en toda Europa, puesto que los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, y obviamente España entre ellos, se han sometido a su jurisdicción. Pues bien, el proceso de amparo ante ese Tribunal tiene como fuente normativa primordial el Convenio Europeo de los Derechos Humanos ó CEDH, cuyo protocolo fue ratificado por España el 28 de Noviembre de 1996, y en caso de condena de uno de los Estados, por parte del TEDH, la ejecución de las sentencias la supervisa el Comité de Ministros del Consejo de Europa, órgano decisorio del Consejo de Europa compuesto por un representante de cada Estado miembro.

Dicho convenio contiene efectivamente una referencia expresa a este principio aunque sin definir su alcance y contenido, al declarar en su artículo 6.2 que *“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”*.

Un tercer mecanismo, este sí de derecho comunitario pues constituye una institución de la Unión Europea, es el que se articula mediante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), creado en 1952, y cuya denominación era la de «Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas» hasta la entrada en vigor, el 1.º de diciembre de 2009, del Tratado de Lisboa.

El TJUE es la institución jurisdiccional de la Unión Europea, controlando la legalidad de los actos comunitarios y garantizando la interpretación y aplicación uniformes del Derecho comunitario y se caracteriza por su naturaleza orgánica compuesta y su funcionamiento y autoridad supranacionales.

Por tanto, el TJUE, a diferencia del TEDH, no pretende con su creación garantizar derechos humanos y libertades fundamentales, sino que tiene como misión interpretar y aplicar el Derecho de la Unión Europea, si bien también con esta labor el TJUE también incide en la problemática de las libertades fundamentales.

En efecto, si tenemos en cuenta que, ya desde la Sentencia Van Gend & Loos de 1963 los ciudadanos comunitarios quedaron habilitados para invocar directamente el efecto directo del derecho originario, reglamentos y decisiones comunitarias, es claro

que el Tribunal de Justicia también refuerza la protección que dispensan las normas comunitarias, puesto que, como dice APARICIO, el Tribunal viene declarando en su jurisprudencia, que *“los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza”*⁶⁴ y entre el derecho comunitario sobre el que actúa figura la ya citada “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea“, que hace referencias explícitas a la cuestión de derechos humanos y, en su artículo 48, a la presunción de inocencia.

Asimismo, y aún cuando no constituye legislación, creemos de interés citar también el llamado Libro Verde de la Presunción de inocencia de la Comisión de las Comunidades Europeas, de 26-4-2006, por cuanto hace referencia a este principio de forma explícita y resulta altamente significativo que precisamente a este principio, y no a otros que podríamos considerar también de derechos fundamentales, se le haya dedicado un Libro Verde, además de que sintetiza la jurisprudencia del Tribunal Europea de Derechos Humanos respecto al mismo.

En efecto, en dicho libro se pregunta a los Estados si están de acuerdo con los aspectos de la presunción de inocencia que recoge el Libro Verde, que parte de las siguientes fuentes:

- a) El artículo 6, apartado 2, del CEDH
- b) El artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
- c) La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Así, indica el libro verde lo siguiente:

“2. ¿QUÉ ES LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?”

La presunción de inocencia se menciona en el artículo 6, apartado 2, del CEDH (derecho a un proceso equitativo): “Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada” y en el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Presunción de inocencia y derechos de la defensa): “1. Todo acusado se presume

⁶⁴ Op. cit. pág. 646.

inocente mientras su culpabilidad no haya sido declarada legalmente. 2. Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aclara lo que constituye la presunción de inocencia. Ésta sólo se aplica a favor de la persona contra la que se han presentado cargos. El acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que el Estado, a través de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal, presente pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable. La presunción de inocencia requiere que los miembros del órgano jurisdiccional no tengan la idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción de la que se le acusa. No debe producirse ningún pronunciamiento judicial sobre la culpabilidad del acusado antes de que éste haya sido declarado culpable por un tribunal. El acusado no podrá ser detenido en régimen de prisión preventiva, salvo por motivos excepcionales. Si es detenido en régimen de prisión preventiva, disfrutará de condiciones de detención adecuadas a su presunta inocencia. La carga de la prueba de culpabilidad recae en el Estado, y cualquier duda será favorable al acusado. Éste podrá negarse a contestar preguntas. Generalmente, no se le exigirá que presente pruebas autoinculpatorias. Sus bienes sólo podrán ser embargados mediante un proceso ajustado a Derecho”.

Con estas referencias a la Carta Europea, al CEDH, y a los dos Tribunales que resultan de mayor interés, así como al libro Verde y su labor de síntesis de las distintas fuentes, entendemos suficientemente examinada la normativa y jurisprudencia del ámbito europeo en lo que al objeto de este trabajo se refiere.

En cuanto al derecho suizo, decíamos que es obligado referirse al mismo siendo nuestro objeto de estudio la jurisprudencia del TAS, y lo es por los tres motivos que analizaremos a continuación.

El primer motivo por el cual es de importancia el derecho suizo es que, como explica CAMPS, *“a falta de cláusula específica, el TAS aplicará el derecho suizo”*.

⁶⁵

En efecto, el artículo 24 del estatuto de procedimiento del TAS establece: *“The Panel shall decide the dispute according to the rules of law chosen by the parties or, in the absence of such a choice, according to Swiss law.”*, es decir, *“El Panel decidirá la disputa según las normas legales elegidas por las partes o, en ausencia de elección, según la ley Suiza”*.

Esta aplicabilidad de la ley Suiza deriva de que el propio Derecho suizo así lo impone al ser el país sede del TAS, como explica JAVALOYES:

“En ausencia de elección, será el Derecho suizo, como sede del país sede del TAS, el que se aplique tanto para el fondo como para el procedimiento.

En este sentido, el Concordat Suisse sur l'arbitrage, en los apartados 1 y 2 de su artículo primero establece su campo de aplicación al disponer que el Concordato se aplica a todo procedimiento seguido ante un tribunal arbitral cuya sede se encuentre en el territorio de uno de los cantones concordatarios”.⁶⁶

El segundo motivo de referencia al derecho suizo es que, aún cuando el TAS tiene, obviamente, su propio código de funcionamiento, como acabamos de exponer le son de aplicación las disposiciones que para un órgano arbitral impone la legislación suiza.

Cabe recordar que el CIAS es, como ya hemos señalado, una fundación con sede en suiza y, como tal, sujeta al Código Civil suizo. Ahora bien, el marco normativo aplicable será distinto si se trata de un arbitraje nacional o internacional.

Sobre el particular señala JAVALOYES:

“... cuando un tribunal del TAS deba resolver un conflicto que se le haya planteado, pueden suceder dos cosas diferentes:

⁶⁵ Op. cit. Pág. 25.

⁶⁶ Op. cit. págs. 223 y 224.

- a. *Que todas las partes en el conflicto tengan su domicilio, residencia habitual o establecimiento en Suiza.*
- b. *Que alguna de las partes en el conflicto no tenga su domicilio, residencia habitual o establecimiento en Suiza.*

En el primero de los supuestos estaremos ante un arbitraje de derecho interno o también denominado, arbitraje “nacional” o “interno”. En el segundo de los supuestos estaremos ante un arbitraje internacional de derecho privado”.⁶⁷

Pues bien, en cuanto a los arbitrajes de derecho interno, se regulan por el Código Suizo de Procedimiento Civil y en cuanto a los arbitrajes de carácter internacional, les será de aplicación la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, en adelante LDIP de 18 de diciembre de 1987, especialmente en su Capítulo XII, "Arbitraje Internacional" - arts. 176 a 194, ya que en particular el artículo 176 señala:

“Artículo 176

I. Ámbito de aplicación. Sede del tribunal arbitral

I Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán a todos los arbitrajes si la sede del tribunal arbitral está en Suiza y si, al momento de concluir el acuerdo de arbitraje, por lo menos una de las partes no tiene su domicilio o su residencia habitual en Suiza”.

En tercer lugar, es relevante el derecho suizo por cuanto aunque los laudos arbitrales son en principio firmes y definitivos, cabe la revisión ante el Tribunal Federal Suizo (en adelante "TFS") y su anulación, en su caso, por motivos tasados en la legislación suiza. Debemos no obstante matizar que la revisión ante el Tribunal Federal Suizo admite dos excepciones, como señala JAVALOYES, esto es:

“Pero existen dos excepciones diferentes en función de la ley aplicable:

- Si la ley aplicable es el CPC⁶⁸, por tratarse de un laudo/sentencia arbitral de orden interno, el código admite o prevé que las partes puedan pactar antes del inicio del

⁶⁷ Op. cit. pág. 300.

⁶⁸ Código Suizo de Procedimiento Civil.

procedimiento que la revisión del procedimiento arbitral se diligencie en sede del Tribunal Cantonal del lugar donde se haya celebrado el arbitraje. Es evidente que para que pueda operar esta excepción, debe existir un pacto previo y por escrito de las partes litigantes y siempre antes de haberse dictado el laudo correspondiente.

*- Si la ley aplicable es la LDIP, por tratarse de un laudo/sentencia arbitral de orden internacional, la ley admite o prevé que las partes pueden renunciar antes de la finalización del procedimiento a la presentación de cualquier acción de apelación contra el laudo. No es que el órgano judicial pueda ser otro, simplemente es que no puede haber apelación a la decisión arbitral porque las partes así lo han pactado. Es una renuncia a la apelación. Dicha renuncia no sólo es válida en Suiza, sino que está expresamente regulada y prevista tanto en la LDIP, como en la ley que regula el Tribunal Federal suizo”.*⁶⁹

Antes de adentrarnos en dichos motivos de revisión, debemos dejar claro que el Tribunal Federal suizo no procederá en ningún caso a dictar un laudo alternativo, pues no se trata de una segunda instancia, sino que como mucho anulará el laudo y ordenará que se dicte uno nuevo de conformidad con el derecho suizo.

Coincidimos con JAVALOYES en su apreciación de que “*no existen diferencias sustanciales entre ambas regulaciones*”⁷⁰, por lo que nos limitaremos a considerar los motivos de revisión que se recoge en la normativa de los arbitrajes de carácter internacional. Así, vemos que los motivos que permiten el recurso de revisión vienen recogidos en el artículo 190.2 LDIP:

“2 El laudo sólo podrá ser recurrido si:

(a) el árbitro único fue nombrado irregularmente o cuando el tribunal arbitral se constituyó irregularmente;

(b) el tribunal arbitral incorrectamente se ha declarado competente o incompetente;

(c) la decisión del tribunal arbitral excedió los puntos de la controversia que le fueron sometidos, o si dejó de decidir uno de los puntos de la reclamación;

⁶⁹ Op. cit. pág. 306.

⁷⁰ Op. cit. pág. 301.

(d) se violó el principio de igualdad entre las partes o el derecho de las partes a ser escuchadas;

(e) el laudo es contrario al orden público”.

El apartado (a) hace referencia a la exigencia de independencia y/o imparcialidad de los árbitros, que no tiene relevancia directa para nuestro estudio de la presunción de inocencia.

El (b) se limita a considerar lo que llamamos incompetencia de jurisdicción, que tampoco tiene conexión directa con el principio que estamos considerando.

El (c) tampoco presenta mayor interés para este trabajo, pues afecta lo que llamamos en derecho una resolución *ultra petita* es decir que va más allá de lo pedido por alguna de las partes, o bien *extra petita*, es decir que se pronuncia sobre lo que no se le pregunta, o bien, en tercer lugar, falta de congruencia, es decir inadecuación, correlación o armonía entre las peticiones de tutela realizadas por las partes y lo decidido en el fallo. Dicho de otro modo, todo laudo arbitral ha de limitarse a lo pedido por las partes, y pronunciarse dentro de esos límites en todos los extremos interesados.

El apartado (d) sí puede presentar conexión con el principio de presunción de inocencia que estamos estudiando, porque su vulneración podría dar lugar al recurso bajo este apartado. Es más, el primer caso en la historia que el TFS anuló un laudo del TAS fue en el llamado “*Caso Cañas*”, en el que se apreció la existencia de una vulneración del derecho a ser oído del tenista argentino Guillermo Cañas en un procedimiento ante el TAS en materia de dopaje, y que el TFS acordó anular, pese a que el tenista había suscrito renuncia expresa a recurrir la decisión que dictara el TAS, anulación que se acordó por razón de que el TAS había violado su derecho a ser escuchado. En síntesis, se trataba de que Cañas argumentó ante el TAS, en relación a la sanción por el Tribunal Antidopaje de la ATP⁷¹, por un lado que había consumido la sustancia de forma involuntaria, y, por otro lado, que la resolución violaba las leyes de Delaware y otras relativas a la restricción de comercio (en inglés, “*restrain on trade*”), y el laudo dictado admitió la primera cuestión, es decir la falta de

⁷¹ Association of Tennis Professionals (Asociación de Tenis Profesional).

intencionalidad, pero no se pronunció sobre la segunda. En consecuencia Cañas apeló ante el Tribunal Federal Suizo que anuló el laudo al considerar que el Tribunal arbitral viola el derecho a ser escuchado si, incluso por error, el Tribunal arbitral no ha considerado todos los argumentos o pruebas presentados por una parte si son relevantes para el caso, y si no los ha razonado aunque sea brevemente. Cabe decir que se dictó nuevamente el laudo, y con la misma decisión, pero en ese nuevo laudo motivando debidamente el rechazo a los argumentos de Cañas.

Debemos matizar que por esta decisión no debe interpretarse, como a primera vista podría parecer, que el Tribunal Federal exija una motivación extensa, sino que, como señala JAVALOYES:

*“Dice el Tribunal Federal que con una simple manifestación o expresión de los árbitros o del órgano arbitral diciendo que efectivamente sí se tuvieron en cuenta los elementos por la parte recurrente y que se consideraron irrelevantes para la resolución del caso, sería más que suficiente para considerar que efectivamente no hubo vulneración del derecho a ser escuchado”.*⁷²

Sin embargo, lo que ocurrió en este caso es que el TAS no hizo manifestación alguna frente a las alegaciones del recurrente, lo que llevó a la anulación del laudo.

El quinto motivo (e) también puede presentar casuística relacionada con la presunción de inocencia. Cuando se habla de orden público, se refiere tanto al orden público procesal como al material o sustantivo, por ejemplo los derechos de la personalidad.

Sobre el primero, el orden público procesal, se pronunció el TFS en la sentencia 136 III 345 de 13 de abril de 2010, que anuló un laudo del TAS al entender que se habían infringido principios procesales fundamentales y que la falta de respeto a tales principios vulneraría la justicia y sería incompatible con los valores y el ordenamiento jurídico de un estado de derecho. En cuanto al orden público material o sustantivo, hace referencia a la infracción de derechos tales como el de la personalidad, la libertad personal, libertad económica, etc.

⁷² Op. cit. pág. 335.

Pues bien, si tenemos en cuenta la posibilidad de que un laudo se sujete al derecho material suizo, y si cabe anular laudos por infracción de derechos, tal como hemos señalado, corresponde ahora ver en qué modo el ordenamiento positivo Suizo recoge, si es el caso, el derecho a la presunción de inocencia y, además, si la vulneración o no del principio de presunción de inocencia es una cuestión a tener en cuenta a la hora de anular un laudo por infracción del orden público procesal o material.

En cuanto al contenido de la presunción de inocencia en el derecho suizo, debemos referirnos en primer lugar a la Constitución Federal Suiza de 18-4-1999, que en su artículo 32 establece:

“Art. 32 Procedimiento penal

1 Toda persona es considerada inocente, mientras no sea objeto de una sentencia firme condenatoria”.

Asimismo La Ley Suiza de Procedimiento Criminal o Código de Procedimiento Penal, abreviadamente “CPP”, de 5 de Octubre de 2007 establece:

“Art. 10 Presunción de inocencia y valoración de la prueba

1 Toda persona se presume inocente hasta que haya sido condenada en sentencia firme y definitiva”.

A fin de conocer la interpretación jurisprudencial de estos principios, entendemos necesario acudir al Tribunal Federal Suizo o Corte Federal Suprema (en adelante “ATF”), con sede en la ciudad de Lausana, que entre otras funciones conoce de los recursos de apelación de los tribunales cantonales.

Según el artículo 188 de la Constitución Federal Suiza:

*“1 La Corte Federal Suprema es la suprema autoridad judicial de la Confederación”.*⁷³

Como señala al efecto PLA BOIX:

⁷³ Constitución Federal de la Confederación Suiza de 18 Abril 1999.

*“El Tribunal Federal se encuentra situado en la cúspide del organigrama judicial de la Confederación.”... “...el Tribunal Federal asume una doble función básica. Por una parte, se convierte en el guardián por excelencia del derecho federal porque su función principal es, como autoridad judicial superior, de última instancia, hacer respetar el derecho federal y velar por su aplicación uniforme por parte de los tribunales inferiores, a menudo cantonales. Asume la función de asegurar que el derecho federal sea interpretado y aplicado de la misma forma en todas partes, sean cuales sean los tribunales encargados de aplicarlo en el enjuiciamiento de los asuntos. Por otra parte, el Tribunal Federal es el máximo guardián de la Constitución federal y de las constituciones cantonales. En consecuencia, cumple la función de velar por el respeto de esos textos constitucionales y de proteger los derechos constitucionales de los particulares. De este modo, desempeña las funciones propias de un tribunal constitucional”.*⁷⁴

Es precisamente por esa doble función de última instancia en cuanto a recursos ante las decisiones de los tribunales cantonales y, a la vez, de velar por la protección de los derechos constitucionales de los particulares, por lo que vamos a examinar la reciente sentencia 6B_141/2012 del ATF de 25 de Abril de 2012⁷⁵.

Dicha sentencia resulta de interés porque resuelve la apelación contra una sentencia dictada por el cantón de Vaud, y contiene unos pronunciamientos, a modo de los fundamentos de derecho de una sentencia de nuestro sistema jurídico, que son previos a entrar a su aplicación en el caso concreto, y que resultan muy ilustrativos sobre la interpretación jurisprudencial relativa a la carga de la prueba, la presunción de inocencia y el principio *“in dubio pro reo”* tanto en su dimensión de principio constitucional como de principio aplicable al procedimiento criminal, y sobre tales particulares señala lo siguiente:

“1.1 La presunción de inocencia, garantizada por los artículos 14 párrafo 2 Pacto ONU, 6 párrafo 2 CEDH, 32 al. 1 Constitución (Suiza) y 10 del CPP, así como su corolario, el principio in dubio pro reo, se refieren tanto a la carga de la prueba como a la valoración de las pruebas (ATF 120 Ia 31 consid. 2c p. 36).

⁷⁴ PLA BOIX, A. M. *“Un modelo de derecho comparado: La organización judicial suiza”*, Revista catalana de dret públic, 2008. Núm. 36, pág. 11.

⁷⁵ Fuente: <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction.htm>

En tanto que regla relativa a la carga de la prueba, la presunción de inocencia significa que toda persona acusada de una infracción penal debe presumirse inocente hasta que su culpabilidad sea legalmente establecida y, por tanto, que corresponde a la acusación probar la culpabilidad del interesado. Se viola la presunción de inocencia si el juez de instancia condena al acusado porque no se ha establecido su inocencia, si ha tenido por establecida la culpabilidad únicamente porque el acusado no ha aportado las pruebas que le habrían permitido eliminar las dudas en cuanto a su inocencia o su culpabilidad o aún si ha condenado al acusado por el único motivo que su culpabilidad es más verosímil que su inocencia (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 41; 124 IV 86 consid. 2a p. 88, 120 Ia 31 consid. 2c p. 37). En estas circunstancias, el juez de instancia no puede mantener un hecho desfavorable al acusado más que si está convencido de la materialidad de ese hecho, de modo que la duda beneficia al acusado (ATF 120 Ia 31 consid. 2c p. 37).

Como principio que preside la valoración de las pruebas, la presunción de inocencia se viola si el juez de instancia se declara convencido de hechos desfavorables al acusado sobre los cuales, teniendo en cuenta los elementos de prueba que se le someten, por el contrario, objetivamente, habría debido experimentar dudas.

Con respecto a la valoración de las pruebas, el principio in dubio pro reo se confunde en definitiva con el de apreciación arbitraria de las pruebas. (ATF 127 I 38 consid. 2 p. 40 ss; 124 IV 86 consid. 2a p. 87/88; 120 Ia 31 consid. 2c-e p. 36 ss). En materia de valoración de las pruebas y fijación de los hechos, hay arbitrariedad cuando la autoridad no toma en cuenta, sin una razón seria, un elemento de prueba en el sentido de modificar la decisión, cuando esta yerra manifiestamente sobre su sentido y alcance, o aún cuando, fundamentándose en los elementos recogidos, extrae resultados insostenibles (ATF 137 III 226 consid. 4.2 p. 234; 136 III 552 consid. 4.2 p. 560).

1.2 el Tribunal Federal examina libremente si la presunción de inocencia se ha violado en tanto que norma sobre la carga de la prueba. Examina únicamente bajo el ángulo de la arbitrariedad la cuestión de saber si el juez debería haber experimentado una duda, es decir la valoración de la prueba. (ATF 124 IV 86 consid. 2a p. 88). Bajo pena de inadmisibilidad, la arbitrariedad alegada debe ser

demostrada conforme a las exigencias de motivación del artículo 106 al. 2 LTF⁷⁶ (ATF 133 IV 286 consid. 1.4 p. 287)”.

Visto como el Tribunal Federal Suizo define el principio de presunción de inocencia, debemos ahora preguntarnos si es aplicable a las cuestiones de las que conoce el TAS y, por tanto, si su inaplicación puede ser causa de anulación de un laudo.

La primera apreciación es que la sentencia que acabamos de examinar hace referencia, precisamente, a la “*infracción penal*”, y no al derecho sancionador en general, con lo cual no incluye los laudos arbitrales.

Es más, dicha exclusión es coherente con lo ya pronunciado anteriormente por el mismo Tribunal, que ya en sentencia del Tribunal Federal Suizo de 15 de Marzo de 1993 estableció:

“..los casos disciplinarios de las federaciones internacionales son derecho privado el cual no puede estar regulado en los principios del derecho penal, tales como la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo y las correspondientes garantías contenidas en la Convención Internacional de Derechos Humanos”.

Con referencia a dicha sentencia, señala GARCIA SILVERO:

*“El Tribunal Federal Suizo ha sostenido que la imposición de sanciones por parte de las federaciones deportivas internacionales (asociaciones privadas) son puramente cuestiones de derecho civil, no penal (en tal sentido, por todas, Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 15 de Marzo de 1993 119 II 271)”.*⁷⁷

Es más, continúa GARCIA SILVERO, en relación a la naturaleza civil del ejercicio del poder disciplinario, el propio TAS viene recogiendo la inaplicabilidad de los principios penales de la CEDH:

“Esta nota de especial relevancia que impregna desde hace más de veinte años los procedimientos disciplinarios federativos ha sido en numerosas ocasiones destacada

⁷⁶ Loi sur le Tribunal fédéral – Ley sobre el Tribunal Federal Suizo, de 17-6-2005.

⁷⁷ GARCIA SILVERO, E. “*La disciplina deportiva en las federaciones deportivas internacionales*”, Revista española de derecho deportivo, número 36, 2015-2. págs. 80 a 83.

por el TAS, haciendo extensiva igualmente la inaplicabilidad directa sobre estos procedimientos de los principios emanados de la propia Convención Europea de Derechos Humanos”.

Cabe aclarar que esta exclusión del principio de presunción de inocencia, no es extensiva a otros principios, ni por tanto significa en absoluto que los principios que inspiran el derecho penal queden todos ellos excluidos del ámbito sancionador del que se ocupa el TAS. Así, GARCIA SILVERO también señala que:

“aún cuando no se puede identificar el ejercicio de la disciplina deportiva internacional con los principios inspiradores del Derecho penal, deben ser respetados en el ejercicio de tal función (así lo dice por ejemplo CAS 2005/C/976&986) el principio de culpabilidad, el principio de trato igualitario, el principio de proporcionalidad el principio de irretroactividad de la norma no favorable, el respeto de los derechos morales de los ofendidos (art. 27 y 28 del Código Civil Suizo) o la posibilidad de limitar la sanción por parte del juez o tribunal (art. 163 del Código Suizo de Obligaciones)”.

Sin embargo, lo que queda claro es que a la hora de invocar la infracción del orden público suizo para interesar la anulación de un laudo, no cabe sustentar la argumentación en la infracción del principio de presunción de inocencia, por ser éste inaplicable al sistema disciplinario de derecho privado del que se ocupa el TAS.

A.4 Definición de la presunción de inocencia.

Una vez estudiado el principio de presunción de inocencia en nuestro derecho y brevemente en cuanto al derecho comparado europeo y suizo y con el fin de formular una definición del mismo lo más exacta posible, creemos necesario realizar tres matizaciones, o más bien tres acotaciones, respecto al alcance de dicho principio.

Como primera acotación, entendemos necesario una aclaración respecto a cuándo se aplica, en qué momento procedimental concreto, pues parece existir una cierta confusión al respecto, y, tomando la parte por el todo, se producen a veces

afirmaciones, incluso entre profesionales del derecho, que ponen de relieve una confusión entre lo que es dicho principio y el de “*in dubio pro reo*”.

Ambos principios forman parte del “*favor rei*”, también conocido como “*favor innocentiae*,” que viene recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el Artículo 11º.1 cuando dice: “*Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*”.⁷⁸

Sin embargo, existe una distinción sustancial entre ambos principios, puesto que, como señala RIVES SEVA:

“...a pesar de la íntima relación que guardan el derecho de presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, y aunque uno y otro sean manifestaciones de un genérico “*favor rei*”, existe una diferencia sustancial entre ambos, de modo que su alcance no puede ser confundido. El principio “*in dubio pro reo*” sólo entra en juego cuando, practicada la prueba, ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia. Dicho en otros términos, la aplicación de dicho principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido dudas sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas”.⁷⁹

Como vemos, por tanto, la presunción de inocencia se centra en el “*carácter incriminatorio de las pruebas practicadas*”, y ese carácter incriminatorio debe considerarse con carácter previo a la aplicación del *in dubio pro reo*.

La distinción es por tanto de orden de aplicabilidad, puesto que al imputado se le presume inocente hasta tanto las pruebas practicadas resulten incriminatorias y es sólo a partir de ese momento cuando entra en juego el principio de *in dubio pro reo*, puesto que, de no haber pruebas incriminatorias, ni siquiera se precisa aplicar tal principio, pues no hay propiamente *reo* en el sentido del principio citado.

⁷⁸ Declaración Universal de los Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de la ONU 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948.

⁷⁹ RIVES SEVA, A. P. et al. “*La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*”, Thomson Aranzadi, 2008. pág. 69.

Como segunda acotación, y de gran relevancia para el contenido de este trabajo, debemos referirnos también al alcance de la presunción de inocencia, es decir a qué ámbitos jurisdiccionales o de otro tipo concierne.

Sobre este particular, como ya hemos visto, tanto de la propia formulación del artículo 25 de la Constitución española, como de la doctrina científica y jurisprudencia, se entiende que el principio alcanza al derecho sancionador penal y administrativo, pues como dice BELDA y ya hemos citado *“ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas(...)(f.j. 8º - STC 76/90 caso Ley General Tributaria y f.j. 5º STC 14/97 caso Lameiro)”*, si bien, lógicamente, *“.. la aplicación de la presunción en el ámbito administrativo no es automática y al igual que ocurre con las garantías procesales debe adaptarse a las características del procedimiento sancionador”*, características que, por muchos paralelismos que podamos apreciar con el proceso penal, y por mucho que uno y otro formen parte del *“ius puniendi”* del estado, son, obviamente, claramente distintas.

Una tercera acotación del principio la encontraríamos en el alcance temporal y material del mismo, en cuanto a la condición del imputado. Es decir, ¿cuándo se aplica la presunción de inocencia al imputado?, ¿en qué momento procesal concreto se manifiesta este principio y de qué modo afecta a las actuaciones materiales de la jurisdicción competente?

En cuanto al factor temporal, cabe señalar que, como es sabido, se habla con frecuencia de la “pena de banquillo”, que nace temporalmente antes del juicio, haciendo referencia con esa expresión al modo en que la mera imputación tiene un carácter estigmatizador, máxime dada la trascendencia mediática que tantas veces tiene el derecho aplicado en cuestiones deportivas. Es esta una cuestión que, a nuestro juicio, excede las pretensiones de este trabajo y que tiene unas implicaciones sociológicas, mediáticas y culturales que creemos no nos compete analizar, siendo suficiente al respecto enunciar lo lamentable que resulta por el daño que causa al imputado, y por la enorme dificultad de modificar la percepción social que genera el sometimiento a un procedimiento sancionador, que si bien, como ya hemos dicho, tienen un alcance temporal previo a la condena, en realidad sus efectos también se extienden a períodos posteriores a la misma, incluso, en muchos casos, pese a dictarse

una resolución absolutoria, cuya repercusión social es nula o muy escasa y que, por tanto, no repara el mal causado por el estigma del procesamiento mismo.

Más concretamente nos referimos al alcance material de las medidas de carácter preventivo que puede adoptar el órgano jurisdiccional y de qué modo pueden afectar a la presunción de inocencia.

Como sabemos, pueden dictarse medidas por ejemplo para evitar que un imputado oculte sus bienes, como puede ser un embargo cautelar, o bien para asegurar que responderá de las posibles responsabilidades civiles que suponga la sentencia como sería la prestación de fianza, para evitar que pueda sustraerse a la acción de la justicia como sería la retirada de pasaporte o la prisión provisional, y otras que pueda disponer el Estado en los distintos ámbitos de procedimientos que permitan medidas que, en definitiva, son previas a dictar sentencia firme.

Pues bien, ciertamente se ha ocupado también de estas cuestiones la jurisprudencia y la doctrina, para afirmar, mayoritariamente, que la presunción de inocencia es, sobre todo, una regla de juicio y, por tanto, como tal, no se puede invocar en la fase previa al juicio.

En este sentido se pronuncia CHOCLAN MONTALVO, para quien:

*“La invocación del derecho a la presunción de inocencia alcanza verdaderamente su sentido cuando se ha formulado acusación por la parte acusadora [...]. Con anterioridad no es necesario afirmar el principio, porque la mera imputación, si bien permite actuar otros derechos del artículo 24 CE - señaladamente el de defensa-, no es más que la dirección subjetiva que toma la investigación; pero si la finalidad del sumario es precisamente determinar la existencia del hecho y de su posible responsable, antes de la conclusión del mismo no puede entenderse razonablemente que se ha afirmado la culpabilidad de una persona”.*⁸⁰

La jurisprudencia viene pronunciándose en el sentido de que no se vulnera este derecho por resoluciones previas a la sentencia, y en concreto por resoluciones tales como el auto de procesamiento, o medidas cautelares.

⁸⁰ CHOCLAN MONTALVO, J.A. “El derecho fundamental a la presunción de inocencia”, Manuales de Formación Continuada 22/2004, Consejo General del Poder Judicial, 2004. **pág.** 631.

Respecto al auto de procesamiento, señala la STC 127/1998:

“... Tratándose sólo de una resolución judicial de imputación formal y provisional que ha de ser objeto del correspondiente debate contradictorio y de la ulterior decisión, falta el presupuesto previo para poder considerar conculcado este derecho”.

En relación a la medida de prisión provisional, se señala en ATC 349/1988,

“Los autos de prisión no conculcan la presunción de inocencia, ya que ésta tan sólo puede verse comprometida por resoluciones que supongan el enjuiciamiento definitivo de una conducta”.

No obstante, como señala CLEMENTE CASAS⁸¹, *“el Tribunal Constitucional ha reconocido alguna eficacia al derecho a la presunción de inocencia antes del juicio. Se trata de un efecto limitado, atenuado. Y un efecto que se reconoce en resoluciones aisladas, que no ha dado lugar a una doctrina sistemática”*, pues, afirma, *“han recaído otras (sentencias) que, desde la misma creación del Tribunal Constitucional, han aceptado alguna eficacia del derecho a la presunción de inocencia antes del juicio oral. Empezando por la STC 109/86, que reconoció incluso cierta eficacia extraprocesal a este derecho”*, ya que, continúa:

“según la citada STC 109/1986, este derecho “... opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a estos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo”. Posteriormente, esta interpretación se ha visto suavizada por la STC 166/1995, la STC 219/1992 y la STC 244/2007, que han entendido que, si bien la presunción de inocencia tiene una dimensión extraprocesal, esta dimensión no constituye un

⁸¹ CLEMENTE CASAS, I. *“Tres preguntas sobre el derecho a la presunción de inocencia: eficacia antes del juicio, fraudes “carrusel” de IVA e imputación de autoría dentro de organizaciones empresariales”*, Universidad Rey Juan Carlos, 2009. pág. 6.

derecho fundamental autónomo, sino que se relaciona, o emana, de los derechos contenidos en el art. 18 CE, especialmente del derecho al honor“.

Esta línea doctrinal y jurisprudencial, siguiendo al mismo autor, es ciertamente menos estricta y reconoce que la presunción de inocencia tiene dos aspectos: (i) es sobre todo una regla de juicio, como se ha visto; pero (ii) *“también una regla de tratamiento del imputado”* y, derivada de esta segunda naturaleza, se ha reconocido alguna eficacia al derecho en las fases procesales previas al juicio. Así, la STC 135/1989 aceptó la posibilidad de que una falta notoria de motivación del auto de procesamiento atentase contra la presunción de inocencia. Sostuvo entonces el Tribunal Constitucional que *“Únicamente en los casos en que el auto aparezca notoriamente infundado, por carecer de base fáctica o de indicios racionales de cargo, o por estar apoyado en fundamentos arbitrarios, puede suscitar la eventual vulneración del derecho a la presunción de inocencia”*.

Aún en el ámbito de esta tercera acotación sobre el ámbito material y temporal de aplicación del principio, cabe recordar dos afirmaciones que al respecto se contienen en el antes citado Libro Verde de la Presunción de inocencia de la Comisión de las Comunidades Europeas. La primera de ellas es:

“El acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que el Estado, a través de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal, presente pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable”.

Como se aprecia, en esa primera afirmación y con total rotundidad se exige el trato igual al acusado como si no lo hubiera sido hasta la declaración de culpabilidad (ámbito temporal). En una segunda afirmación, y, en cuanto al ámbito de la actuación material del Tribunal que pueda afectar a la presunción de inocencia la misma definición, el Libro Verde afirma:

“El acusado no podrá ser detenido en régimen de prisión preventiva, salvo por motivos excepcionales. Si es detenido en régimen de prisión preventiva, disfrutará de condiciones de detención adecuadas a su presunta inocencia”.

Cabe además matizar que el Libro Verde se refiere sólo a lo que podemos considerar el extremo de mayor gravedad de las medidas previas, esto es la prisión preventiva, y exige excepcionalidad y, además, que sus condiciones de detención tengan en cuenta su presunta inocencia, es decir que sean claramente distintas de las de un condenado.

Hechas las tres acotaciones, y a modo de síntesis de lo recogido en la doctrina y jurisprudencia citada, y de modo muy particular, en la Sentencia del Tribunal Constitucional, sentencia 52/2010 del 04/10/2010 Sala Primera, en la medida que esta sentencia reúne características definidas en previa jurisprudencia, y acudiendo también, la definición contenida en el Libro Verde de la Presunción de Inocencia, en la medida en que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos toda vez que, como dice el propio Libro Verde *“La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos aclara lo que constituye la presunción de inocencia”*, nos permitimos formular una definición del principio, como sigue:

“La presunción de inocencia es un derecho fundamental en un Estado democrático de Derecho, que todo acusado tiene a ser tratado como si no hubiera cometido infracción alguna, hasta tanto un tribunal independiente, imparcial y que no tenga idea preconcebida de que el acusado ha cometido la infracción, lo declare culpable en base a pruebas de cargo válidas y suficientes, debiendo recaer la carga de la prueba en el Estado y siendo favorable al acusado cualquier duda.

Este derecho se extiende más allá del ámbito penal llegando a la actividad administrativa sancionadora.

Para que una prueba de cargo sea válida y suficiente se requiere que presente las siguientes características:

- *Actividad probatoria no lesiva de otros derechos fundamentales*
- *Actividad probatoria realizada respetando las garantías*
- *Valoración de la prueba motivada*
- *Iter de la prueba al hecho probado que sea razonable por lógico*
- *Iter de la prueba al hecho probado que sea razonable por suficiente*

En tanto no recaiga una sentencia firme condenatoria, el acusado debe ser tratado como un inocente. Solamente por motivos excepcionales podrán aplicársele medidas de prisión preventiva, y, en todo caso, sus condiciones de detención serán adecuadas a su presunta inocencia”.

Aceptamos que la definición podría resultar insuficiente, puesto que se haría preciso ahora aclarar que es actividad probatoria, cuáles son los otros derechos fundamentales, que significa “respetando garantías”, si la prueba ha de ser no motivada o simplemente no “suficientemente” motivada, etc., y así *ad infinitum*, pero entendemos que, formulada en estos términos la definición de presunción de inocencia y la aclaración de cuándo se produce su vulneración, resulta suficiente para los efectos pretendidos en este trabajo, que no son el análisis del tratamiento de este principio en el derecho español o el comunitario o el suizo, sino una visión de la aplicación que realiza el TAS.

B.- LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

B.1 Concepto y evolución histórica

Entendemos necesario empezar con una breve definición inicial, siquiera de orden etimológico, como hicimos en cuanto al principio de presunción de inocencia, para que, cuando menos nos resulte útil a efectos de acotar mínimamente de qué estamos tratando.

En este caso el Diccionario de la Real Academia no contiene una definición que combine ambos vocablos. Por separado los define del siguiente modo:

“responsabilidad.

2. f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

objetivo, va.

1. adj. Perteneciente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir”.

Aunque el diccionario no nos proporciona por tanto la definición conjunta de ambos términos, sí que nos facilita la comprensión de los dos elementos por separado y que, combinados, son suficientes, en este momento del trabajo, para saber de qué tratamos, y que en definitiva se trata de esa obligación de reparar que deriva de un acto delictivo, de un culpa u otra causa legal, es decir una conducta concreta, y se genera por ese acto en sí mismo, independientemente de la manera de pensar o sentir, esto es independientemente de la motivación de quien lo realiza.

A partir de aquí, entramos ya en el análisis histórico, que necesariamente ha de fundamentarse inicialmente en el análisis de la responsabilidad en general, para discernir si de la misma se ha deriva, como especialización, la responsabilidad de carácter objetivo.

Cierto es que podríamos partir de la ley de Tali3n, cuyos antecedentes de aplicaci3n se dieron ya en el C3digo de Hamurabi, en las XII Tablas y tambi3n en la

Ley Mosaica, y que tenía una naturaleza reparadora, al establecer la proporción entre el daño sufrido y la pena a aplicar, exigiendo que la pena fuera igual al daño sufrido por la víctima, lo cual constituía un principio de justicia retributiva, pero tal como hemos hecho al desgranar una breve síntesis histórica de la presunción de inocencia, también ahora optamos por partir del derecho romano, remitiéndonos a lo afirmado entonces a los efectos de justificar la opción por ese punto de partida.

Como vamos a ver a continuación, es generalmente aceptado en la doctrina que la responsabilidad civil se estudia en una doble línea, en una distinción clásica entre responsabilidad contractual y extracontractual, y que tienen su origen en dos principios distintos del derecho romano que, a su vez, han cristalizado en distintas formulaciones en nuestro derecho civil.

En efecto, por un lado tenemos el principio enunciado por Ulpiano de “*alterum non laedere*”, es decir la exigencia de no causar daño a otro, y cabe afirmar que es el incumplimiento de este deber el que genera la obligación de reparar el perjuicio causado por su responsable. Este principio de derecho romano da lugar a la llamada responsabilidad civil extracontractual, y el fundamento jurídico de la misma, su origen anterior a la formulación de Ulpiano, radica en la llamada “*lex aquilia*”, siendo en consecuencia conocida esta responsabilidad como “*aquiliana*”.

Dicha “*lex aquilia*” recibe esa denominación porque se atribuye al tribuno romano Aquilius y aunque la fecha exacta de su promulgación es desconocida, se estima como probable que tuviera lugar en la primera parte del siglo III a.C., mucho antes, por tanto, de la formulación por Ulpiano del referido principio del “*alterum non laedere*”. La Ley Aquilia se adoptó por los plebeyos a propuesta del tribuno Aquilio en plebiscito, derogando las leyes que hablaban del daño causado injustamente (*De damno injuria*), tanto la de las XII Tablas como las demás normas existentes en ese momento.

Dicha ley concedía la “*actio legis aquiliae*”, cuya finalidad era el resarcimiento de daños puesto que se pretendía por el culpable se indemnizase los daños ocasionados y por un valor máximo, como veremos a continuación, ocupándose en particular de los supuestos de muerte de un esclavo o de un animal

cuadrúpedo, elementos ambos de notoria importancia en la sociedad de la época. En efecto, dicha “*lex aquilia*” se ocupaba de diversas materias, entre ellas el llamado “*damnum iniura datum*” o daños causados ilegalmente, y nos interesa especialmente el tratamiento de esta figura en sus capítulos I y en el III. En el primero se disponía que:

“El que hubiere matado con injuria el esclavo o esclava ajenos, a un cuadrúpedo o a una res, sea condenado a pagar al dueño cuanto fuera el máximo valor que en ese año hubo tenido dicha cosa”.

En el tercero se prescribía:

“Respecto a las demás cosas, excepto el esclavo y las reses que hayan sido muertos, si alguien hiciera daño a otro, porque hubiere quemado, quebrado o roto alguna cosa con injuria, sea condenado a pagar al dueño tanto cuanto aquella cosa valiere en los últimos treinta días”.

Como aclaración terminológica al uso del término “*con injuria*”, debemos señalar que se refiere a la segunda acepción que la Real Academia de la Lengua Española señala para dicho término:

“Del lat. iniuria).

1. f. Agravio, ultraje de obra o de palabra.

2. f. Hecho o dicho contra razón y justicia”.

Por tanto, en el contexto de la *lex aquilia*, la “*iniuria*” hace referencia a la “*actuación contra razón y justicia*”, en la terminología del R.A.E., y no a ultraje alguno, que sería la acepción más corriente con que identificamos el vocablo *injuria* en nuestro contexto sociológico actual.

En relación a esta acción señala el ORTEGA CARRILLO lo siguiente:

“De la comisión del acto lesivo nace una obligación entre el autor del daño y la víctima, en virtud de la cual el primero era obligado a resarcirlo. Para exigir el

*resarcimiento, el propietario de la cosa dañada tiene a su favor la acción Aquiliana, de carácter general”.*⁸²

Asimismo, señala el mismo autor, posteriormente se producirá una evolución desde este restringido ámbito, y, muy en particular:

“Comienza a valorarse el comportamiento en el acto lesivo, distinguiendo el caso en que el autor cumple voluntariamente el acto dañoso, perfectamente consciente de sus consecuencias (dolo), de aquél en que el daño se debe a la falta de precaución o diligencia necesarias para evitarlo (culpa): surge así el concepto de culpa aquiliana que llamamos extracontractual. Es importante advertir que, precisamente en tema de daños, fue elaborado el criterio de responsabilidad por culpa”.

Ahora bien, aunque se comparta la tesis de que es en el ámbito de la culpa aquiliana o culpa extracontractual donde se elabora el criterio de responsabilidad por culpa, se hace imprescindible matizar el alcance, que requiere una acción positiva, como señala ESPINOSA:

*“Se trataba de una acción del orden de las rei persecutorias, aunque con algún matiz penal, como se pone de manifiesto por el carácter especial que en ella adopta la tasación del daño (en algunos casos superior al propio causado); dicha acción presuponía necesariamente la existencia de culpabilidad por otra parte del demandado, ya fuese constitutiva de dolo o de simple culpa leve, pero en todo caso había de tratarse de una culpa "in faciendo", pues la simple negligencia (el "non facere") no constituía delito”.*⁸³

Además de esta responsabilidad aquiliana o extracontractual en cuya génesis, como acabamos de ver, se presuponía la existencia de culpabilidad, tenemos la otra línea de estudio, la de responsabilidad contractual, cuyo origen en derecho romano lo podemos situar en la Ley de las XII Tablas, o “*Lex Duodecim Tabularum*”. Esta ley es el más antiguo código de Derecho romano conocido, fue redactado entre los años 451 y 450 a.C., y tomó como fuente el derecho oral existente en aquel momento.

⁸² ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A. “*Derecho Privado Romano*”, 9-9-2012, fuente derecho en Red: <http://www.derechoromano.es/2012/09/damnum-iniuria-datum-o-delito-de-danos.html>

⁸³ ESPINOSA DE RUEDA JOVER, M. “*Anales de derecho*”, Universidad de Murcia, 1986. nº 9, pág. 44.

Pues bien, en la Ley de las XII Tablas aparecen las ideas de venganza, concepción más antigua, y la relativamente novedosa de compensación (mediante pacto), por la cual el ofendido cesa en la ofensa mediante una compensación en dinero. Cabe afirmar que es efectivamente en dicha ley donde se produce la transición del derecho sobre la persona del ofensor a un derecho sobre su patrimonio. Como dice ESPINOSA:

“En la Ley de las XII Tablas se reconoce la existencia de un vínculo personal entre deudor y acreedor, vínculo que va evolucionando desde constituir un derecho de disposición sobre la persona misma considerada físicamente (pues hasta podía ser dividida en partes en caso de pluralidad de acreedores), hacia un derecho de compensación de contenido patrimonial”.

Es más, es de dicho contenido patrimonial de donde surge la concepción de compensación en metálico, pues, siguiendo aún a ESPINOSA:

*“La generalización de lo anteriormente expresado culmina en la fijación en una tabla de compensaciones en metálico, sustituyendo así la idea de venganza, y surgiendo la idea de resarcimiento del daño, sin que todavía se vislumbre la noción de responsabilidad, ya que la fijación de cantidades se hace ajustándose a un criterio de represalia, de punición más que de proporcionalidad con el daño causado. Solamente se puede decir que la idea de responsabilidad surge al existir correlación entre el daño causado y la cantidad determinada para su reparación”.*⁸⁴

Siendo el caso que este trabajo no pretende tanto analizar la teoría general de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, como centrarse en la responsabilidad que llamamos objetiva, cabe preguntarse, una vez citado brevemente la génesis de la responsabilidad civil, en cuál de las dos clases de responsabilidad citadas podemos situar su origen. Pues bien, sobre este particular nos adherimos a la tesis del VIDAL RAMIREZ quien afirma:

“En su origen histórico, pues, la responsabilidad aquiliana era una responsabilidad objetiva, mientras que la que originaba la inejecución de obligaciones lo era subjetiva. Sin embargo, según los romanistas, en el período del Derecho Pretoriano

⁸⁴ Op. cit. pág. 43.

*se fue introduciendo la idea de la culpa como requisito para el ejercicio de las acciones nacidas de la Lex Aquilia, sin que por ello se formulara una teoría general”.*⁸⁵

Así pues, para VIDAL RAMIREZ, fue la responsabilidad aquiliana, la extracontractual, la que en origen fue de carácter objetivo, por más que después se fuera adaptando la idea de culpa como requisito. Podríamos decir por tanto que si bien ni en una ni en otra se fijó, en Roma, un carácter meramente objetivo, en cambio cabe afirmar que la extracontractual o aquiliana, sí tuvo un origen objetivo pero evolucionó al criterio subjetivo al introducir la idea de culpa y, por otro lado, la contractual tuvo en su origen un carácter subjetivo, de venganza, para ir introduciendo la idea de proporcionalidad al daño, de reparación, pero sin que esa tendencia objetivadora pueda llegar al punto de reputarse como una auténtica responsabilidad objetiva.

Fijada, siquiera sucintamente, esa bifurcación esencial en la génesis evolutiva de la construcción jurídica de la responsabilidad civil en su doble origen de extracontractual y contractual, que se origina ya en derecho romano, avanzamos en el tiempo hasta la Francia pre-revolucionaria, o “*Ancien Regime*” y su criterio general de reparación de daño, que tanto influiría en el Código Civil francés de 1804 y éste, a su vez, en el Código Civil español de 1889. En efecto, nos remitimos a la visión histórica que relata VIDAL RAMIREZ, al afirmar:

“ Producido el fenómeno de la recepción del Derecho Romano, en Francia, el “ancien droit”⁸⁶ llegó a establecer como regla general la reparación de todo daño causado por culpa y esas fueron las ideas de Domat y de Pothier que influyeron en los redactores del Code Civil⁸⁷, que sentó la diferenciación de la responsabilidad civil bifurcándola en la derivada de la inejecución de las obligaciones, cuyos doctrinadores la trataron como responsabilidad contractual, y en la derivada de los delitos y de los cuasi-delitos, que vino a ser tratada como responsabilidad extracontractual. Con esta dualidad y con la culpa como principio rector de la

⁸⁵ VIDAL RAMIREZ, F. “Responsabilidad civil Derecho de daños”, Grijley, 2006. pág. 390.

⁸⁶ Se entiende por “ancien droit” el derecho que regía en Francia antes de la Revolución Francesa.

⁸⁷ Código Civil conocido también como Código Napoleónico, aprobado en Francia por la Ley del 21 de marzo de 1804.

responsabilidad civil, el Code llegó a diferenciar la culpa en culpa dolosa, culpa lata, culpa leve y culpa levísima, haciendo depender la reparación del daño de la categoría de la culpa. No es aventurado, por lo hasta aquí expuesto, precisar que la recepción del Derecho Romano, como llegó al Código Francés, no correspondió a sus genuinos textos sino a sus glosas, como lo imputarían años más tarde los pandectistas⁸⁸ germanos que influirían en la formulación del BGB⁸⁹ con una clara orientación objetivista, esto es, a dar prevalencia al daño sobre la culpa como elemento determinante de la responsabilidad civil. Sin embargo, aún cuando la distinción de la responsabilidad contractual y extracontractual no estuvo claramente delimitada en el Derecho Romano, se atribuye a la Ley de las XII Tablas el origen de la responsabilidad contractual y, a la Lex Aquilia, el de la responsabilidad extracontractual. El Código Civil Francés, que desde 1804 irradió su notable influencia, irradió también el tratamiento de la responsabilidad separando la responsabilidad por daños originados por el incumplimiento de una obligación, que sus doctrinadores irradiaron como responsabilidad contractual, y la responsabilidad por daños causados por delitos y cuasidelitos, irradiada como responsabilidad extracontractual, como hemos ya indicado. El tratamiento de la responsabilidad civil del Código Francés fue seguido por la codificación civil del siglo XIX, pues el criterio informante de la culpa fue adoptado por el Código Italiano de 1865 y el Español de 1889”.⁹⁰

Desde el Código Civil Napoleónico al Código Civil español de 1889, aún vigente, nos permitimos citar solamente, y en aras de la brevedad, la obra del ya mencionado CARRARA, considerado el máximo representante de la llamada Escuela Clásica, para quien la culpa es “*voluntaria omisión de diligencia en calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho*”.⁹¹

Esta concepción que presenta CARRARA no está alejada de la que presentaba el Digesto, 9, 2, 31 donde se decía:

⁸⁸ doctrina jurídica europea anterior a la codificación, que alcanza su apogeo en Alemania en el siglo XIX., y que trataba de analizar los textos del Derecho romano siguiendo el método de la dogmática jurídica.

⁸⁹ Siglas que corresponden al “Bürgerliches Gesetzbuch”, o Código Civil Alemán.

⁹⁰ Op.cit. pág. 391.

⁹¹ CARRARA, F. “*Programma del Corso di Diritto Criminale*”, Luca, 1859. pág. 129.

“culpam autem esse, quod a diligenti provideri potuerit non esse provisum”

Que podría traducirse como:

“hay culpa porque habiéndose podido prever por persona diligente no lo hizo”

A continuación, por razones cronológicas deberíamos abordar el estudio del Código Civil español de 1889, pero lo haremos en el apartado siguiente, es decir al estudiar el derecho positivo español, por tratarse de derecho vigente en lo sustancial de su formulación inicial y en aras de evitar una repetición de las referencias al mismo.

B. 2 Derecho positivo español, doctrina y jurisprudencia

Realizada esta breve exégesis histórica, entramos ahora a considerar cómo recoge este principio el derecho español.

Como primera aproximación, y tal como acabamos de ver al estudiar la evolución histórica, se podría afirmar que ya desde 1889 existe un tratamiento diferenciado de la responsabilidad contractual y extracontractual, que se corresponden por un lado con el modelo del artículo 1101 para responsabilidad contractual, y por otro lado con la del 1902, responsabilidad extracontractual o aquiliana, todos ellos del Código Civil. Veamos el texto de ambos artículos:

Artículo 1101 “Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que, en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”.

Artículo 1.902 “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

En efecto, cabe diferenciar los dos distintos modelos de responsabilidad civil que establece nuestro Código Civil, al analizarlos a la luz del artículo 1089 del mismo cuerpo legal, como explica PEREZ KÖHLER, quien señala:

” Pero esta R.C. es susceptible de una subdivisión de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.089 del C.c. (“Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”); esto es, no sólo existe una responsabilidad derivada de ley o contrato, sino que de los actos y omisiones ilícitos nace la responsabilidad civil, de carácter extracontractual, siempre que en éstos hubiera intervenido cualquier género de culpa o negligencia.

En este sentido, según Yzquierdo Tolsada la R.C. contractual es aquella que se produce cuando, existiendo una relación obligatoria previa entre dos o más partes, una de ellas incumple su prestación contractual y ello provoca daños a la/s otra/s. Es importante hacer notar que el daño debe producirse precisamente por el incumplimiento contractual del deudor y que el acreedor y la prestación ya estaban determinados de antemano.

Pero, continúa el citado autor, hay otro tipo de responsabilidad: la R.C. extracontractual, que surge cuando la obligación resarcitoria nace entre personas que no se encontraban previamente vinculadas por un contrato o relación análoga. Aquí no se trata de la violación de una previa relación obligatoria, sino del genérico deber de no causar daño a otro (“alterum non laedere”)

Ambos tipos de responsabilidad civil -porque, como veremos, son regímenes diferentes de responsabilidad- se encuentran definidos en el Código Civil, concretamente en los artículos 1.101 la R.C. contractual (“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que, en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”) y 1.902 la R.C. aquiliana (el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”).⁹²

⁹² PÉREZ KÖHLER, A. “La concurrencia de Responsabilidad Civil contractual y extracontractual derivadas de un mismo accidente de trabajo”, en [http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/603/La+concurrencia+de+Responsabilidad+Ci vil+contractual+y+extracontractual+derivadas+de+un+mismo+accidente+de+trabajo+\(I\)+--+2005.pdf](http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/603/La+concurrencia+de+Responsabilidad+Civil+contractual+y+extracontractual+derivadas+de+un+mismo+accidente+de+trabajo+(I)+--+2005.pdf)

En realidad, como vamos a ver enseguida en este estudio, creemos que la explicación citada de Yzquierdo Tolsada sería más clara y más exacta si cuando cita la R.C. contractual hiciera referencia al artículo 1101 pero siempre en relación necesaria con el artículo 1089, pues de otro modo la afirmación puede resultar algo confusa, pero no adelantemos aún la cuestión.

Hasta ahora estamos hablando de responsabilidad civil, sin que hayamos realizado referencia expresa a responsabilidad “objetiva”. En efecto, en ambos tipos de responsabilidad, contractual y extracontractual, podemos constatar que, como ya ocurría en el caso de la presunción de inocencia, no existe una formulación legal del principio de responsabilidad objetiva, pero, a diferencia de la presunción de inocencia, tampoco existe una referencia en la norma constitucional.

Sin embargo, para alcanzar a estudiar ese principio de responsabilidad objetiva, y dado que, al menos por ahora, tenemos por válido que existen las dos indicadas subdivisiones en la responsabilidad civil, nos parece conveniente continuar esta investigación analizando por separado si la responsabilidad objetiva se da o no en la rama de la responsabilidad contractual y en la de responsabilidad extracontractual en derecho español, cuando menos en aras de una mayor claridad expositiva, sin perjuicio de que, como veremos posteriormente, ni siempre está perfectamente delimitada la distinción entre lo que es contractual y extracontractual, ni cabe aseverar rotundamente que el derecho español mantenga una separación absoluta entre ambas ramas a la hora de fijar la responsabilidad objetiva puesto que, aunque a primera vista parece muy claro que en la responsabilidad contractual se admite la responsabilidad objetiva, en virtud del propio redactado del artículo 1089 que en su último párrafo habla de “de cualquier modo” y sin exigir ningún tipo de dolo o culpa, y por ello cabría entender como de cualquier modo distinto a los anteriores, esto es, negligencia dolo o morosidad, en realidad veremos que el examinar la responsabilidad extracontractual a efectos de ver en qué medida se admite con carácter objetivo, no es una cuestión baladí, por cuanto, como podremos constatar, la especial situación en que se encuentran la mayoría de las entidades o personas que acuden al TAS no siempre tiene un fácil encaje en una u otra figura jurídica, por lo que nos conviene examinar ambas.

Decidida por tanto la separación, por razones meramente metodológicas, en el estudio de la responsabilidad objetiva en el ámbito de la contractual y la extracontractual, y puesto que el objeto de nuestro trabajo es estudiar solamente la responsabilidad objetiva, descartamos ya de entrada el estudio de la responsabilidad que deriva del artículo 1902, o responsabilidad aquiliana, porque en su propio enunciado exige “*culpa o negligencia*”, luego carece de sentido buscar en ese ámbito la existencia de responsabilidad objetiva alguna ya que es evidente que son términos mutuamente excluyentes.

Por el contrario, no podemos descartar el estudio del artículo 1101 porque, como ya hemos dicho, contiene una afirmación que, cuando menos *prima facie* permite alumbrar la posibilidad de que exista una responsabilidad objetiva, al hablar de contravenir obligaciones “*de cualquier modo*”, y deviene necesario atender a esa expresión para comprender a qué pueda referirse. En efecto, si el mismo artículo 1101 hace referencia a los que “*incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas*” parece lógico deducir que ese “*de cualquier modo*” ha de ir más allá del dolo, negligencia o morosidad, pues para ceñirse a esas conductas no hacía falta añadir nada más, pues ya han sido formuladas. Por ello, y aunque no tenemos la posibilidad de afirmar que ese “*de cualquier modo*” se refiere a la responsabilidad objetiva exclusivamente, creemos posible afirmar que sí se refiere inclusivamente a dicha responsabilidad, pues tal modo de contravenir obligaciones, sin culpa ni negligencia, se subsume lógicamente en el ámbito del “*cualquier modo*”, aunque no lo agote.

Ahora bien, cabe preguntarse por la consecuencia de descartar la responsabilidad aquiliana que contempla el artículo 1902 ¿quiere esto decir que solamente podemos hablar de responsabilidad objetiva en el ámbito contractual? Dicho de otro modo, ¿cabe decir que en el artículo 1101 sólo se quiere hacer referencia al incumplimiento contractual?

Nuestra opinión es contraria a esta conclusión. Creemos que existe un posible incumplimiento de obligaciones que va más allá de la cuestión meramente contractual, y que así cabe deducirlo al poner en relación dicho artículo 1101 con el artículo 1089 que, recordemos, regula que “*Las obligaciones nacen de la ley, de los*

contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

Nos apoyamos en la opinión que sostiene el CARRASCO PERERA quien señala:

*“El artículo 1101 determina las consecuencias indemnizatorias que surgen del incumplimiento de cualquier obligación, no importa cuál sea su fuente. No es, por tanto, la norma que disciplina la responsabilidad contractual, sino la genérica responsabilidad obligacional, cuando la obligación que se infringe estaba previamente constituida, por contrato, ley o cuasi contrato. Es de aplicación, en consecuencia, a los contratos, pero también a las obligaciones que surgen directamente de la ley”.*⁹³

Es importante destacar que el mismo autor señala que si el artículo 1101 se refiere a una responsabilidad por una obligación previamente constituida, en cambio el artículo 1902, cuyo estudio hemos descartado a efectos de identificar responsabilidad objetiva, se trata de la fuente de una obligación de indemnizar, no de incumplimiento de una obligación previamente constituida. Así, dice:

*“Por esta razón, los artículos 1101 y siguientes no son normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual en el sentido del artículo 1902 del Código civil. La obligación resarcitoria que surge del daño injusto en el artículo 1902 no es incumplimiento de una previa obligación, sino la fuente de una nueva obligación, la de indemnización”.*⁹⁴

Una vez que hemos afirmado, con CARRASCO PERERA, que el artículo 1101 no se restringe al campo del incumplimiento de contratos, sino que hace referencia al campo del incumplimiento en general de las obligaciones, es cuando creemos imprescindible ver a qué nos estamos refiriendo con “obligaciones”, para lo cual resulta inevitable centrarse en el enunciado del artículo 1089 *“Las obligaciones*

⁹³ CARRASCO PERERA, A., *“Comentarios al Código Civil y compilaciones forales”*, Revista de derecho privado, 1989. págs. 377 y 378.

⁹⁴ Op. cit. pág. 378.

nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

Del propio redactado del artículo resulta que se establecen, en principio, tres campos de obligaciones y, por tanto, ex artículo 1101, puestos siempre en relación ambos preceptos, tres posibles fuentes de responsabilidad, sea objetiva o no, según veremos, a saber:

- Obligaciones que nacen de la ley
- Obligaciones que nacen de los contratos o cuasi contratos
- Obligaciones que nacen de los actos y omisiones ilícitos

De hecho, creemos fundamentado reducir el estudio a sólo dos ámbitos distintos, como argumentaremos brevemente. Para ello, veamos en primer lugar la definición de la Real Academia de la Lengua Española:

“ilícito, ta. (Del lat. illicītus).

1. adj. No permitido legal o moralmente.”

Vista tal definición, y si nos abstenemos de adentrarnos en cuestiones morales, que no son nuestro ámbito de estudio, podremos convenir en que forzosamente han de coincidir las obligaciones que nacen de la ley y las que nacen de los actos y omisiones ilícitos, pues será la ley la que fije las conductas prohibidas o impuestas, y será acto ilícito la conducta infractora o la infracción del deber de abstenerse de una conducta.

En consecuencia, y recapitulando lo que venimos diciendo sobre la responsabilidad objetiva en nuestro derecho, vamos a centrarnos en estudiar la posible existencia de responsabilidad objetiva contractual, esto es la que nace de los contratos o cuasi contratos, por un lado, y, en cuanto a la extracontractual, nos limitaremos a la que nace de la ley, con exclusión, como ya hemos dicho, de la responsabilidad aquiliana del 1902 del Código Civil.

Es más, no queremos dejar de señalar que, respecto a los cuasi contratos, señala PLANIOL, que “... *el cuasi contrato responde a una idea falsa, ya que en*

*ausencia de un acuerdo de voluntades “nada hay que pueda asemejarse a un contrato. Ninguna otra fuente tiene una naturaleza casi contractual”.*⁹⁵

De modo similar señala MAZEAUD que *“la noción de cuasi contrato es falsa, puesto que no tiene existencia en sí misma”.*⁹⁶

Cabe incluso afirmar que si profundizamos en el concepto de contrato y lo que realmente es la ley, no podemos dejar de señalar que el fundamento último de dicha responsabilidad es, en el fondo, muy similar, si no el mismo, esto es el acuerdo de voluntades. En la responsabilidad contractual, son las partes las que han querido que el contrato sea ley entre ellas, es la voluntad de las partes la que configura esta “ley” particular que llamamos contrato. En la responsabilidad extracontractual a la que nos referimos, la que deriva de la ley, no podemos olvidar que la ley no es en definitiva nada más que la expresión de una voluntad colectiva, y, de algún modo, el acuerdo de voluntades que subyace en un contrato está cuando menos cercanamente emparentado con el acuerdo de voluntades que está en el origen de toda ley, en la medida que la ley es expresión de un contrato social. Así lo enunciaba ya ROUSSEAU, en su conocida obra sobre “El Contrato social y los principios del derecho político”, cuando decía:

*“Más cuando todo el pueblo estatuye sobre sí mismo, sólo se considera a sí, y si se establece entonces una relación, es del objeto en su totalidad, aunque desde un aspecto, al objeto entero, considerado desde otro, pero sin ninguna división del todo, y la materia sobre la cual se estatuye es general, de igual suerte que lo es la voluntad que estatuye. A este acto es al que yo llamo una ley”.*⁹⁷

Ahora bien, que digamos que el fundamento último es idéntico o al menos muy similar, no significa que deban tener un mismo tratamiento, pues la fuente obligacional es distinta. En este sentido podemos citar a GIORGIANNI, quien justifica el distinto tratamiento de la obligación contractual y la extracontractual en atención a la fuente de la que emana la obligación, toda vez que lo explica muy claramente al afirmar:

⁹⁵ PLANIOL, M. “*Classification des sources des obligations*”, *Revue critique de législations et de jurisprudence*, 1904. pág. 226.

⁹⁶ MAZEAUD, H. “*Leçons de Droit civil. Obligations*” Monchrestien, 1956. vol. II, pág. 14.

⁹⁷ ROUSSEAU, J.J., “*Du contract Social ou Principes du droit politique*”, March Michel Rey, 1764. pág. 88.

*“ una provechosa clasificación de las obligaciones bajo el aspecto de las fuentes, probablemente sólo podría ser aquella que distinguiese obligaciones llamadas contractuales y llamadas extracontractuales, o sea entre aquellas que derivan de un hecho o acto con virtud de imponer un deber a cargo de un determinado sujeto y en favor de otro sujeto determinado (según los caracteres fisonómicos propios de la obligación) y aquellos que derivan, en cambio, de la violación de una regla de conducta establecida para la protección de la generalidad de los sujetos en sociedad. Y tal distinción reviste como es conocido, importancia preeminente en el terreno de la “responsabilidad” respecto a la cual se aplican reglas diferentes a una y a otra categoría”.*⁹⁸

No entraremos en el extenso debate doctrinal sobre la admisibilidad o no de la bipartición de categorías, pues excede el propósito de este trabajo, pero si nos permitimos citar la posición de DIEZ-PICAZO quien al respecto señala:” *sólo es posible encontrar dos grandes tipos de fuentes. La primera de ellas es la autonomía privada o poder del individuo de constituir sus propias relaciones jurídicas. La segunda fuente, inversamente, debe estar constituida por un poder heterónomo que sólo puede ser la soberanía del Estado creando relaciones jurídicas entre particulares*”.⁹⁹

Visto por tanto que cabe afirmar la existencia de un doble ámbito de responsabilidad y realizada una suficiente delimitación conceptual, abordamos primero el estudio de la **responsabilidad civil contractual** cuya norma esencial, en relación con el artículo 1089 ya citado, es el artículo 1101 *“Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que, en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas”*.

Existen discusiones doctrinales respecto a si el precepto describe causas materiales del daño o criterios de imputación. Como ya hemos dicho, no es el objeto de este trabajo profundizar en demasía sobre todas las aportaciones doctrinales en los diversos campos de estudio que genera esta regulación, pues excederían el propósito

⁹⁸ GIORGIANNI, F. *“Appunti sulle fonti delle obbligazioni”*, Studi Zingalli, 1965. pág. 352.

⁹⁹ DIEZ-PICAZO, L. *“Sistema de Derecho Civil”* II, Tecnos, 1976. pág. 400.

buscado, sino que pretendemos alcanzar a comprender y dilucidar si la aplicación de normas por parte del TAS constituye una aplicación de responsabilidad objetiva o no.

Por ello, sobre este particular, creemos suficiente citar a CARRASCO PERERA, quien en sus ya citados comentarios al código civil y en referencia a Badosa dice que *“el autor citado entiende que la culpa mencionada en el artículo 1101 no es criterio de imputación de responsabilidad sino “incumplimiento material” de las obligaciones de hacer donde el contenido de aquéllas esté integrado por la diligencia del deudor. El deudor negligente “incumple”; la culpa es entonces incumplimiento, no criterio de imputación del incumplimiento”*.¹⁰⁰

Asimismo afirma: *“la culpa y el dolo no son materialidad del incumplimiento (causa material del daño)”*... y también *“culpa y dolo en el código civil pasan a ser criterios de imputación al deudor de la materialidad del daño, y no causas materiales del mismo”*.¹⁰¹

Concluye el mismo autor que está aceptando *“el criterio doctrinal de responsabilidad subjetiva del deudor (responsabilidad por culpa) tradicional en nuestra doctrina”*¹⁰² así como afirma la originalidad de nuestro derecho a la hora de afrontar la responsabilidad del deudor puesto que, por ejemplo el derecho alemán, construye el régimen de responsabilidad sobre la imposibilidad sobrevenida de prestación y el francés lo hace sobre la preeminencia de la mora, en tanto que en nuestro código civil el elemento definitorio es la contravención.

Sin entrar a analizar la vinculación de esta norma con el artículo 1124 del código civil ni siquiera con la abundante doctrina y jurisprudencia relativa a interés contractual protegible, resulta oportuno recordar el carácter de acción resarcitoria que tiene este artículo. En efecto, muy acertadamente, según nuestra opinión, afirma CARRASCO PERERA: *“la indemnización no es efecto de ninguna obligación preexistente, sino una nueva obligación que surge del daño injusto de incumplimiento”*.¹⁰³

¹⁰⁰ Op. cit. pág. 402.

¹⁰¹ Op. cit. pág. 403

¹⁰² Op. cit. pág. 403

¹⁰³ Op. cit. pág. 403.

A nuestro entender, esta concepción del artículo 1101 como norma que ampara la acción resarcitoria, es precisamente lo que abre camino a la consideración del carácter objetivo de la responsabilidad contractual. Como dice CARRASCO PERERA:

*“el incumplimiento contractual constituye objetivamente una situación ilícita, un daño a un derecho subjetivo de crédito”.*¹⁰⁴

Vistos los argumentos expuestos, entendemos que cabe afirmar que la responsabilidad contractual que nace del artículo 1101 tiene naturaleza objetiva, toda vez que la reparación del daño injusto que deriva del incumplimiento debe realizarse con independencia del carácter doloso o culposo de la acción u omisión que origina ese incumplimiento contractual, como por otra parte ya se deduce del propio artículo cuando no sólo habla de dolo, negligencia o morosidad, sino de contravención *“de cualquier modo”*.

Pasaremos ahora al breve estudio de la **responsabilidad extracontractual** que, como veremos, tiene un amplio tratamiento nuestro derecho y, nos permitimos recordarlo de nuevo, solamente estudiaremos la que deriva de la ley, con exclusión de la aquiliana recogida en el artículo 1902 del Código Civil, y también excluyendo aquella parte de la extracontractual referida en el artículo 1089, que por definición tiene carácter subjetivo, no objetivo, esto es la que nace: *“de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”*.

Como ya hemos anticipado, si bien en nuestro derecho no se formula este principio por el legislador, sí cabe afirmar que existe un extenso marco normativo donde el legislador se basa precisamente en ese principio para elaborar la norma e imponer la sanción legal que deriva de su infracción.

Como señala DE ANGEL YAGÜEZ, *“en nuestro Derecho, al igual que en los otros países, la fórmula de la responsabilidad objetiva se ha ido implantando en*

¹⁰⁴ Op. cit. pág. 405.

*cierto sectores de la actividad humana caracterizados por su intrínseca peligrosidad”.*¹⁰⁵

En efecto, BLASCO GASÓ señala

*“Aunque, como se ha reiterado el sistema de responsabilidad extracontractual del Código civil es subjetivista o basado en la culpa, el propio Código civil en los arts. 1.905 y sigs. así como leyes posteriores contemplan y regulan supuestos en que la responsabilidad de los sujetos causantes del daño es objetiva o cuasi objetiva, es decir, que la imputación de la responsabilidad y del deber de reparar no descansa en el hecho de la culpa o de la conducta negligente del sujeto sino en la mera relación causal de haber producido, a través de la conducta, el daño”.*¹⁰⁶

Cierto es que, como ya hemos indicado, la responsabilidad objetiva que vamos a reconocer en los laudos del TAS, mayoritariamente en casos de dopaje, tiene un alcance sancionador, más que reparador, y que por tanto parecería, en una primera aproximación, que la cita referida a la progresiva implantación de la responsabilidad objetiva en sector de clara peligrosidad no sería la que respondería a los laudos que resuelve el TAS. Sin embargo, de lo que ahora tratamos, en este momento de nuestro estudio, es de ver si es admisible afirmar que existe un amplio abanico de normas, sean sancionadoras o reparadoras, en las que el legislador ya ha admitido la responsabilidad objetiva.

Sin duda, si entráramos a analizar el contenido de cada una de las normas que vamos a citar, veríamos que en ellas se aplica con distinto rigor y alcance la responsabilidad objetiva que en las mismas se enuncia. Sin embargo, no pretendemos tanto analizar en qué medida y en qué campos del derecho español se aplica dicho principio, cuanto meramente demostrar que, al menos cierta medida, nuestro derecho positivo recoge ese principio, para lo cual nos bastará con citar las normas que en derecho español lo recogen, admitiendo que no estamos realizando una cita exhaustiva.

¹⁰⁵ DE ANGEL YÁGÜEZ, R. *“Tratado de responsabilidad civil”*, Universidad de Deusto/Civitas, 1993. pág. 60.

¹⁰⁶ BLASCO GASÓ, F de P. et al. *“Contestaciones al programa de derecho civil para acceso a las carreras judicial y fiscal - Los supuestos de responsabilidad objetiva”*, Tirant lo Blanch, 2012. Tema 69 pág. 1.

Las normas a que nos referimos son:

a) CODIGO CIVIL

Si bien en el Código Civil cabe decir que el principio fundamental sobre el que se construye la responsabilidad extracontractual es la presencia de culpa en la conducta activa u omisiva que genera el daño, sin embargo existen varios supuestos en los que tal responsabilidad no exige culpa o negligencia alguna, como son los que contemplan los artículos 1905 a 1910:

1. Daños causados por animales. Art. 1905¹⁰⁷ a cuyo tenor:

“El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”.

2. Responsabilidad por la caza. art. 1906¹⁰⁸:

“El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla”.

3. Responsabilidad por ruina de edificio, art. 1907 C.C.¹⁰⁹:

“El propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de la ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias”.

4. Caída de árboles colocados en sitios de tránsito, explosión, inflamación y humos excesivos , art. 1908¹¹⁰:

¹⁰⁷ Código Civil, R.D. del 24 de julio de 1.889, versión vigente desde 23-07-2011.

¹⁰⁸ Ibíd.

¹⁰⁹ Ibíd.

“Igualmente responderán los propietarios de los daños causados:

1.º Por la explosión de máquinas que no hubiesen sido cuidadas con la debida diligencia, y la inflamación de sustancias explosivas que no estuviesen colocadas en lugar seguro y adecuado.

2.º Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades.

3.º Por la caída de árboles colocados en sitios de tránsito, cuando no sea ocasionada por fuerza mayor.

4.º Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes, contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen”.

5. El artículo 1909 traslada la responsabilidad al constructor o arquitecto si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción:

“Si el daño de que tratan los dos artículos anteriores resultare por defecto de construcción, el tercero que lo sufra sólo podrá repetir contra el arquitecto, o, en su caso, contra el constructor, dentro del tiempo legal”.

6. Objetos arrojados, artículo 1910¹¹¹:

“El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma”.

Además de los supuestos del Código Civil, citamos los de leyes especiales, a saber:

b) NAVEGACIÓN AÉREA

La Ley del Régimen de la Navegación Aérea de 1960 (LNA)¹¹² establece de forma expresa en su artículo 120 que :

¹¹⁰ *Ibíd.*

¹¹¹ *Ibíd.*

"la razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente, incluso en el accidente fortuito y aún cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia".

c) NAVEGACION MARÍTIMA:

El Protocolo de 2002, de revisión del Convenio de Atenas de 1974 (ratificado por España en 1987), establece un régimen de *responsabilidad objetiva* del transportista en caso de muerte o lesiones de pasajeros causados por “un suceso relacionado con la navegación” (naufragio, abordaje, incendio, deficiencia del buque...). En pérdida o daños de equipajes, se presume la culpa o negligencia. En cualquier otro caso incumbe al demandante demostrar culpa o negligencia.

El Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños debidos a contaminación de hidrocarburos, de 1969, modificado por Protocolo de 1992 (CLC 92), impone la *responsabilidad objetiva* al propietario del buque.

d) CIRCULACIÓN Y VEHÍCULOS A MOTOR

La Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor¹¹³ establece que nace la obligación de indemnizar, en todo caso, aunque no existiera culpa del conductor; el cual queda exonerado sólo cuando el hecho fuese debido exclusivamente a la culpa del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o funcionamiento del vehículo. El artículo 1,1 señala:

“Artículo 1. De la responsabilidad civil.

1. El conductor de vehículos a motor es responsable, en virtud del riesgo creado por la conducción de estos, de los daños causados a las personas o en los bienes con motivo de la circulación.

En el caso de daños a las personas, de esta responsabilidad sólo quedará exonerado cuando pruebe que los daños fueron debidos únicamente a la conducta o la negligencia del perjudicado o a fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo; no se considerarán casos de

¹¹² Ley 48/1960 de 21 de Julio, sobre Navegación Aérea.

¹¹³ Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

fuerza mayor los defectos del vehículo ni la rotura o fallo de alguna de sus piezas o mecanismos.

En el caso de daños en los bienes, el conductor responderá frente a terceros cuando resulte civilmente responsable según lo establecido en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil, artículos 109 y siguientes del Código Penal, y según lo dispuesto en esta ley.

Si concurrieran la negligencia del conductor y la del perjudicado, se procederá a la equitativa moderación de la responsabilidad y al reparto en la cuantía de la indemnización, atendida la respectiva entidad de las culpas concurrentes.

El propietario no conductor responderá de los daños a las personas y en los bienes ocasionados por el conductor cuando esté vinculado con este por alguna de las relaciones que regulan los artículos 1.903 del Código Civil y 120.5 del Código Penal. Esta responsabilidad cesará cuando el mencionado propietario pruebe que empleó toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”

e) ENERGIA NUCLEAR

El régimen jurídico básico de la responsabilidad civil por los daños causados por la energía nuclear se encuentra establecido por la Ley de la Energía Nuclear de 1964. En ella se establece de modo explícito que la responsabilidad extracontractual es puramente objetiva, excluyéndose sólo en caso de culpa o negligencia exclusiva del perjudicado.

Así, establece:

“Artículo 45.

*El explotador de una instalación nuclear o de cualquier otra instalación que produzca o trabaje con materiales radiactivos o que cuente con dispositivos que puedan producir radiaciones ionizantes, será responsable de los daños nucleares. Esta responsabilidad será objetiva y estará limitada en su cuantía hasta el límite de cobertura que se señala en la presente Ley”.*¹¹⁴

¹¹⁴ Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear.

f) CAZA

Aún cuando actualmente las competencias sobre Caza están transferidas a las comunidades autónomas, podemos citar, como referencia a los efectos de este estudio, que la legislación estatal, Ley 1/1970, de 4 de Abril, de Caza establece que:

*"todo cazador estará obligado a indemnizar los daños que causare con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho fuera debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor. En la caza con armas, si no consta el autor del daño a la persona o personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza".*¹¹⁵

Las normas autonómicas reproducen, en lo sustancial, el texto de dicha Ley 1/1970. Así, por ejemplo, la Ley Balear señala en su artículo 50:

*"5. Todo cazador está obligado a indemnizar los daños personales o materiales que cause directamente con motivo del ejercicio de la caza, excepto cuando el hecho sea debido únicamente a culpa o negligencia del perjudicado o a fuerza mayor".*¹¹⁶

De modo similar, otro ejemplo es la Ley de Caza de Extremadura, que señala en su artículo 69:

"Artículo 69. Responsabilidad por daños del cazador.

*"Todo cazador será responsable de los daños que cause en el ejercicio de la caza, salvo cuando el hecho sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o imputable al organizador de la acción o al titular del terreno cinegético, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil".*¹¹⁷

En definitiva, lo que encontramos en la legislación autonómica reproduce lo en su día legislado por el Estado, en el sentido de mantener la responsabilidad de forma objetiva, incluso en caso de fuerza mayor.

g) FUNCIONAMIENTO DE SERVICIOS PÚBLICOS

Bajo este epígrafe nos referimos tanto al *"derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que*

¹¹⁵ Ley 1/1970, de 4 de abril, de Caza.

¹¹⁶ Ley 6/2006, de 12 de abril, balear de caza y pesca fluvial

¹¹⁷ Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura.

sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”, a que se refiere el art. 106-2 C.E. como el art. 139-1 Ley 30/1992, de RJAP Y P, como al derecho a indemnización al particular cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, según determina el art. 144 de la citada Ley, sin perjuicio del derecho de repetición, que se exigirá de oficio en caso de dolo, culpa o negligencia graves (art. 145).

También incluimos en este apartado la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia, que se rige por la LOPJ (arts. 292 a 297) y, por último, la Ley de asistencia a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, de 1995.

h) CONSUMO

La Ley de consumidores y usuarios (LCU)¹¹⁸ parece sentar una responsabilidad, cuando menos parcialmente, de carácter objetivo y en favor del consumidor y usuario:

"por los daños y perjuicios demostrados que el consumo o la utilización de bienes y servicios les irroguen, salvo que aquellos daños o perjuicios estén causados por su culpa exclusiva o por la de las personas de las que deba responder civilmente”.

Por tanto, la LCU establece un régimen de responsabilidad objetiva, aunque no absoluta, permitiendo al fabricante exonerarse de responsabilidad en varios supuestos.

Según la ley, *"el perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados tendrá que probar el defecto del producto, el daño y la relación de causalidad entre ambos".* Ahora bien, también establece determinadas causas de exoneración de la responsabilidad del fabricante, al

¹¹⁸ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

establecer que los fabricantes o importadores no serán responsables si prueban cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) Que no había puesto en circulación el producto.
- b) Que fuera posible presumir que el defecto no existía en el momento en que se puso en circulación el producto.
- c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica.
- d) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación del producto no permitían apreciar la existencia del defecto.

i) VICTIMAS DEL TERRORISMO

Aunque algunos autores incluyen esta responsabilidad bajo el epígrafe de las relativas al funcionamiento de los servicios públicos, nos parece más apropiado dedicarle un apartado específico. Pues bien, la responsabilidad del Estado por daños ocasionados por actos terroristas tiene una historia reciente.

El Decreto-Ley 3/1979 sobre protección de la seguridad ciudadana¹¹⁹, declaró por primera vez responsable al Estado, de forma total y objetiva, a tenor de su artículo 7:

“Artículo séptimo. Serán especialmente indemnizables por el Estado los daños y perjuicios que se causaren a las personas con ocasión de las actividades delictivas a que se refiere el número uno del artículo tercero de este Real Decreto-ley. El Gobierno determinará el alcance y condiciones de dicha indemnización”.

Las actividades a las que se refiere son, entre otras, las de terrorismo.

Posteriormente, se publicó el Real Decreto 484/1982, de 5 de marzo, por el que se desarrolla el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de Enero.

Si bien ambas normas ha sido ya derogadas por Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, la vigencia del sistema de responsabilidad objetiva del Estado la podemos encontrar en la reciente Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección

¹¹⁹ Real Decreto Ley 3/1979, de 26 de Enero Sobre Protección Ciudadana (Ref. BOE-A-1979-3062).

Integral a las Víctimas del Terrorismo, ley que establece para tales víctimas un régimen indemnizatorio que, a nuestro entender, puede calificarse de responsabilidad objetiva del Estado, toda vez que la propia norma lo diferencia claramente del régimen de responsabilidad patrimonial, diferenciación que resulta evidente del hecho de que declare compatibles ambos, como señala en su artículo 15:

“Artículo 15. Régimen jurídico de las ayudas.

1. Las ayudas e indemnizaciones establecidas en esta Ley son compatibles con las pensiones, ayudas y compensaciones que pudieran reconocerse en ella o en cualquier otra que pudieran dictar las Comunidades Autónomas.

*2. Asimismo, son compatibles con la exigencia de responsabilidad patrimonial al Estado por el normal o anormal funcionamiento de la Administración, si bien aquéllas se imputarán a la indemnización que pudiera reconocerse por este concepto, detrayéndose de la misma”.*¹²⁰

Creemos que los supuestos señalados constituyen claros ejemplos de responsabilidad objetiva, que tiene una naturaleza sustancialmente reparadora del daño causado, aunque no exclusivamente reparadora puesto que en varios de los ejemplos existe asimismo un régimen sancionador, que no deja de ser siempre una manifestación del “*ius puniendi*” del Estado.

Ahora bien, existe otro supuesto, en el cual ocurre precisamente lo contrario, es decir que es manifiesto el carácter punitivo y, aunque no tan manifiesto, del que puede también predicarse el carácter reparador, como explicaremos. Nos referimos concretamente al artículo 130 de la Ley 30/1992 de Procedimiento Administrativo, a cuyo tenor:

“Artículo 130 Responsabilidad

1. Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia”.

¹²⁰ Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

Creemos que es precisamente en este artículo donde se halla el “*quid*” de la cuestión respecto a si existe o no un régimen de responsabilidad objetiva, en régimen sancionador, sin perjuicio de que, insistimos, no se excluye una cierta naturaleza reparadora, puesto que existe un bien jurídico protegido que es, de alguna manera, “indemnizado” en virtud de la sanción aplicada.

Nos referimos por ejemplo a normas de carácter administrativo aplicables a infracciones de la normativa fiscal, como son las que regulan las consecuencias de un ingreso fuera de plazo, y en las que se aplica una sanción y unos intereses o un recargo, dependiendo de los plazos.

Pues bien, consideramos que si bien parece claro que la sanción tiene solamente una función punitiva y/o disuasoria de tal conducta, en cambio en cuanto al recargo cabría afirmar que, aún cuando participa de la función punitiva, también parece contener elementos de reparación, pues con el ingreso fuera de plazo se causó un daño al colectivo de contribuyentes que con tal recargo se repara.

Es más, la Ley General Tributaria distingue entre los recargos y el interés de demora, que define como prestaciones accesorias y sanciones. Así señala en el artículo 25:

“Artículo 25 Obligaciones tributarias accesorias

1. Son obligaciones tributarias accesorias aquellas distintas de las demás comprendidas en esta sección que consisten en prestaciones pecuniarias que se deben satisfacer a la Administración tributaria y cuya exigencia se impone en relación con otra obligación tributaria.

Tienen la naturaleza de obligaciones tributarias accesorias las obligaciones de satisfacer el interés de demora, los recargos por declaración extemporánea y los recargos del período ejecutivo, así como aquellas otras que imponga la ley.

*2. Las sanciones tributarias no tienen la consideración de obligaciones accesorias”.*¹²¹

¹²¹ Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Sobre este particular, señala RANDO que “*en el caso de los ilícitos tributarios no se puede distinguir, sin embargo, nítidamente entre consecuencias punitivas y resarcitorias/indemnizatorias*”, y añade que, en virtud de la STC 276/2000, de 16 de noviembre, se produce un giro jurisprudencial “*al entender que la figura del recargo fiscal constituye –al menos en ciertos casos- una sanción en la que confluyen contenidos punitivos y resarcitorios*”.¹²²

Coincidimos con DE FUENTES BARDAJI cuando señala que tanto la doctrina como la jurisprudencia relativa al principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador han experimentado una evolución desde un criterio de responsabilidad objetiva en la imposición de sanciones, que alcanza incluso a períodos posteriores a la Constitución, hasta la fase actual en la que se afirma el principio de culpabilidad. Así distingue:

*“Una primera fase, basada en la afirmación de responsabilidad objetiva en la imposición de sanciones administrativas, fase que se extiende incluso tras la promulgación de la Constitución. Otra, en la que se asume la culpabilidad como criterio de graduación de la sanción. Y una última fase, en la que hoy nos encontramos, que afirma sin duda el principio de culpabilidad en este ámbito”.*¹²³

A esa primera fase del derecho administrativo sancionador aplicado de forma objetiva correspondería la sentencia del Tribunal Supremo de 4 mayo 1983:

“ la circunstancia de reconocer el juzgador la buena fe y carencia de intencionalidad por parte de la sociedad autora, en nada implica contradicción entre razonamiento y fallo, dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad ante la Administración, para cuya existencia basta, como elemento subjetivo, la simple voluntariedad de la acción o conciencia de la omisión, sin ser la intencionalidad dolosa-salvo el caso de integrarse en la tipificación de falta-elemento constitutivo de la infracción”.

A la fase actual de exigencia y afirmación del principio de culpabilidad en derecho administrativo sancionador corresponderían sentencias como la del Tribunal

¹²² RANDO CASERMEIRO, P. “*La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*”, Tirant Monografías 2010. págs. 113 y 114.

¹²³ DE FUENTES BARDAJI, J. et al. “*Manual de Derecho Administrativo Sancionador*”, Thomson-Aranzadi, 2005. pág. 176.

Supremo de 3 abril 2000, ponente Campos Sánchez-Bordona que afirma que “ *la culpabilidad, a título de dolo o negligencia, es un presupuesto necesario para la apreciación de las infracciones administrativas*”, o también la sentencia del Tribunal Supremo del 22 noviembre 2004 ponente Enríquez Sancho, que enfatiza: “*esta Sala ha declarado constantemente, a partir de la sentencia de 5 febrero 1988, que la potestad sancionadora de la Administración, en tanto que manifestación del ius puniendi del Estado se rige, con las modulaciones necesarias, por los principios del derecho penal, siendo principio estructural básico de la culpabilidad, incompatible con un régimen de responsabilidad objetiva*”.

Nos parece de interés citar también la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, que nos ayuda a aclarar esta cuestión, con ocasión de una sentencia por dopaje del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), núm. 1319/2009 de 9 noviembre, en la cual se señala:

*“Y no podemos olvidar por lo que respecta al principio de culpabilidad, que la Ley 30/1992 (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246) en su artículo 130 señala que “sólo podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun **a título de simple inobservancia**”. Pues bien, del tenor del citado precepto se desprende que no es necesario un dolo específico para poder ser sancionado en el tipo leve indicado, bastando el título de simple inobservancia para que el infractor resulte responsable de la infracción, inobservancia que sí existe en este supuesto. En cualquier caso, aun cuando no existiera el precepto antes citado, cuando la descripción de los hechos sancionables revele de suyo una conducta negligente, aunque sea de carácter leve por parte del infractor, el juicio de culpabilidad se ha de limitar a encuadrar o subsumir aquellos hechos en alguno de los tipos sancionables, como ocurre en el presente caso en el que consta que le ha sido prescrita medicamente al actor una sustancia incluida dentro de la lista de sustancias dopantes y como tal estaba prohibida por los artículos 1, 2, 3 y 5.5 en relación con la*

*sección II.1.2 del anexo del reglamento del control de dopaje de la Real Federación Española de Automovilismo”.*¹²⁴

El subrayado es de la propia sentencia.

Pues bien, entendemos que precisamente la referencia a la “*simple inobservancia*”, enunciado que viene recogido en el artículo 130 la Ley de Procedimiento Administrativo, y la interpretación conjunta de dicho precepto con la concepción de que la conducta es sancionable porque revela “*de suyo una conducta negligente*” como dice la sentencia, es la clave en la que se asienta el concepto de responsabilidad objetiva en su forma más pura. Efectivamente, es en este concepto de “*simple inobservancia*” sin exigencia de dolo específico, que deriva del derecho administrativo, es el que, a nuestro entender, mejor define la posible responsabilidad objetiva en derecho español. Esa “*simple inobservancia*” queda, al menos por ahora, desconectada de toda noción no sólo de dolo, sino también de culpa y, por ende, queda también distanciada de la posible contradicción de la presunción de inocencia.

En realidad se está hablando de una voluntariedad en la acción, no en el resultado, porque como dice DE FUENTES BARDAJÍ:

*“a diferencia de las infracciones penales, que tipifican directamente lesiones y bienes jurídicos protegidos, las infracciones administrativas consisten, en su práctica totalidad, en el incumplimiento de la norma (inobservancia de una obligación o trasgresión de una prohibición) que suele producirse por una conducta, sin exigir una transformación externa adicional (resultado). Por tanto, carece de sentido, en general, exigir que la voluntariedad alcance al resultado, como si los tipos vincularan a la acción con los resultados, salvo cuando específicamente el tipo lo requiera así”.*¹²⁵

En consecuencia, podemos afirmar que la norma expresada en el artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo y su interpretación jurisprudencial se

¹²⁴ Sentencia Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), Sentencia núm. 1319/2009 de 9 noviembre.

¹²⁵ Op. cit. pág. 180.

sitúan en una corriente doctrinal y jurisprudencial mayoritaria que tiende a centrarse en la antijuricidad, y en la que dolo o culpa son meras variantes de la antijuricidad.

El debate está servido, y no resulta fácil decantarse por una u otra postura doctrinal. Así, por ejemplo, por un lado PARADA¹²⁶ señala que este precepto “*parece admitir una responsabilidad sin culpa*”, mientras que DE PALMA DEL TESO¹²⁷ considera que la expresión “*simple inobservancia*” equivale a culpa levísima.

De hecho, como ya vamos viendo a través de nuestro análisis del derecho positivo español, de lo que se trata actualmente en la responsabilidad objetiva no es tanto de valorar la existencia de dolo o culpa, lo que nos lleva directamente al campo de la presunción de inocencia, sino que se trata de proteger la norma y sancionar la antijuricidad de la conducta.

Antes de proseguir, creemos necesario preguntarnos qué entendemos por antijuricidad, y nos referimos a una definición que nos parece especialmente lúcida, y que debemos al jurista austríaco GSCHNITZER, quien la formuló del siguiente modo:

“infracción de una norma, ya de la ley, ya del contrato, ya infrinja la norma expresa, ya atente a la finalidad que la misma persigue, o ya lesione principios jurídicos superiores”.¹²⁸

Llega incluso el autor a definir como un caso de antijuricidad el atentado a las buenas costumbres, en alemán “*Sittenwidrigkeit*”.

Vemos pues que existe un concepto amplio de antijuricidad que va mucho más allá del campo de dolo y la culpa, principios ambos que asociamos al terreno más propio del derecho penal.

¹²⁶ PARADA VAZQUEZ, R. “*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”, Marcial Pons, 1993. pág. 388.

¹²⁷ DE PALMA DEL TESO, A. “*El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*”, Tecnos, 1996. pág. 46.

¹²⁸ GSCHNITZER, F. “*Schuldrecht, Besonderer Teil und Shadenesatz*”, Springer-Verlag, 1963. pág. 220.

En esta amplia concepción de antijuricidad que estamos examinando cabe prácticamente cualquier conducta contraria a norma o incluso a principios jurídicos superiores, y puesto que en esta forma de entender la antijuricidad resulta que el dolo o culpa son meras variantes, pero no la esencia de la misma, nos parece que, precisamente por ello, es posible admitir una objetividad de la norma sancionadora.

También debe tenerse en cuenta la evolución del propio concepto de culpa en Derecho Civil. Como explica SANTOS BRIZ:

*“Al llegar a la conclusión de que hoy se defiende la existencia de una “culpa social”, que atiende a las consecuencias nocivas de una conducta y que prescinde en gran medida de la diligencia del responsable, surge la discordancia de esa denominada culpa social con la culpa propiamente dicha, noción de origen ético y religioso que quedaría desvirtuada si se separa de estas fuentes. Para obviar este inconveniente se acude a reconocer la autonomía de la culpa jurídica frente a la culpa moral, autonomía que es defendida en mayor medida en la culpa civil que en la penal. Ratificando esta postura, se habla de “neutralismo moral” de la culpa civil y de una “culpa sin culpabilidad”, lo que, a primera vista, parece herético. Poco resta, por consiguiente, en esta dirección, de una culpa civil propiamente dicha, en el sentido clásico; así, la culpabilidad civil no sería otra cosa que la disconformidad del acto con la norma de conducta. Es decir, se llega a una noción puramente positivista y amoral”.*¹²⁹

Nótese por tanto la afirmación central: “la culpabilidad civil no sería otra cosa que la disconformidad del acto con la norma de conducta”. A nuestro entender, en esta construcción doctrinal es cuando de modo definitivo se abre la puerta a una culpabilidad por mera disconformidad del acto con la norma, prescindiendo de intencionalidad y/o negligencia, y por tanto sin referencia a dolo o culpa, y en la que no se ve, al menos de modo inmediato, qué papel relevante pueda jugar la presunción de inocencia.

Queremos no obstante seguir profundizando algo más en la exigencia o no de culpa, ex artículo 130 de la LPA, pues lo creemos capital para comprender la

¹²⁹ SANTOS BRIZ, J. “*Tratado de Derecho Civil*”, Bosch, 2003. pág. 66.

responsabilidad objetiva en derecho español y, como veremos, en relación a los laudos del TAS.

En este contexto, cabe afirmar que el Tribunal Supremo, como ya hemos señalado, viene recogiendo de forma explícita la necesidad de la existencia del elemento del dolo o la culpa para considerar que existe infracción administrativa. De hecho, como dice DE PALMA DEL TESO:

“de un análisis de la jurisprudencia se observa que éste es uno de los sectores desde los que recibió un mayor impulso la evolución hacia el reconocimiento del Derecho Sancionador administrativo como una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, con todas las consecuencias que ello comporta”.¹³⁰

Señala esta autora que, en el orden administrativo, la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 requería ya el elemento subjetivo en las infracciones administrativas que recogía. Y así en la STS de 16 diciembre 1975 se decía:

“los actos enumerados en el artículo dos de la ley de orden público exigen siempre para ser castigados, la existencia de conductas externas dolosas o intencionales o al menos imprudentes; la antijuricidad; la imputabilidad y la sanción”.

La misma autora nos recuerda que dado que el Tribunal Supremo defendía teóricamente la vigencia en el derecho sancionador administrativo de la responsabilidad objetiva, se vio en el compromiso de reconocer que la noción era distinta en materia de orden público.

En efecto, nos encontramos con que la sentencia del 20 junio de 1978, del Tribunal Supremo - Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de la que fue ponente el magistrado Botella Taza, afirmaba:

“a diferencia de la tipicidad del orden penal, en la interacción sancionable de carácter administrativo no es factor constituyente la culpabilidad salvo los excepcionales supuestos en que así lo establezca la norma tipificante o lo requiera la misma índole de los hechos sujetos en principio a responsabilidad objetiva, modalidad, la que incluye dicho elemento psicológico, donde se subsume la

¹³⁰ Op. cit. pág. 123.

desobediencia a los mandatos de las autoridades administrativas, toda vez que, por su íntima conexión con la materia de orden público, rige el principio de intencionalidad”.

Hemos subrayado la referencia a la índole de los hechos por cuanto como veremos posteriormente constituye a nuestro entender la fórmula que permite aplicar el derecho sancionador administrativo una responsabilidad que, al menos en intención, es plenamente objetiva, al situar en la misma comisión del hecho, por sus características, una responsabilidad por una cierta culpabilidad aunque sea en un grado levísimo.

En este sentido y tras analizar la evolución jurisprudencial, argumenta la misma autora:

"es posible concluir que mientras en el derecho penal lo prohibido de forma general son las acciones dolosas y, subsidiariamente, se castigan las acciones imprudentes, en el derecho sancionador administrativo sucede lo contrario".

.... "los tipos administrativos contemplan de forma general conductas imprudentes. En el caso de que la conducta hubiere sido dolosa, efectivamente concurriría el elemento subjetivo y, por tanto existiría infracción, en el dolo determinaría, además, la calificación de la sanción con más gravedad que si la conducta fuese imprudente. En definitiva, para la existencia de la infracción administrativa es suficiente la concurrencia de culpa, pero si falta este elemento subjetivo no por ello deja de existir infracción si la conducta hubiere sido realizada a título de dolo”.

...“en definitiva, para la existencia de una infracción administrativa debe al menos concurrir culpa en cualquiera de sus grados”.

La misma autora realiza un estudio del paralelismo entre el artículo 130.1 de la LRJ-PAC¹³¹ y el 77.1 de la LGT de 1963, actualmente derogada, por cuanto este último fijaba el grado mínimo de culpa para la comisión infracciones tributarias en la *"simple negligencia"*, mientras que el artículo 130.1 de la LRJ-PAC se refiere a

¹³¹ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

“simple inobservancia”, entendiendo la autora que la primera equivale a la culpa leve y la segunda a la culpa levísima, para afirmar que:

"la ausencia de alusión expresa al dolo y la culpa no nos debe llevar en ningún caso a concluir que se ha establecido un régimen de responsabilidad objetiva. Para demostrar que ello es así hemos de acudir de nuevo a la doctrina del tribunal constitucional y concretamente a la citada sentencia 76/1990 de 26 abril".

Cabe señalar que, según DE FUENTES BARDAJI¹³², es precisamente esta sentencia la que constituyó el punto de inflexión entre las dos fases antes señaladas, es decir, una primera de responsabilidad objetiva en la imposición de sanciones administrativas, y la fase actual en la que se exige culpabilidad.

Efectivamente en dicha sentencia se trataba de un recurso relativo a la inconstitucionalidad de la nueva redacción del artículo 77.1 de la LGT, y se analizaba sobre si fuera el caso que resulte inconstitucional la no exigencia de dolo o culpa en las acciones a que se refiere dicho artículo. El texto de la norma analizada era:

“Artículo 77.

1. Son infracciones tributarias las acciones y omisiones tipificadas y sancionadas en las leyes. Las infracciones tributarias son sancionables incluso a título de simple negligencia”.

Pues bien, la sentencia contiene las siguientes interesantes manifestaciones:.

"Ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del ius puniendi del estado, tal resultado sería inadmisibile en nuestro ordenamiento. El propio artículo 77. Uno de la LGT dice, en su inciso segundo, que en las infracciones tributarias son sancionables “incluso a título de simple negligencia”, lo que con toda evidencia significa, de un lado, que el precepto está dando por supuesta la existencia de culpabilidad que los grados de dolo y culpa o negligencia grave, y de otro, que,

¹³² Op. cit. pág. 177.

más allá de la simple negligencia, los hechos no podrán ser sancionados. No existe, por tanto, un régimen de responsabilidad objetiva.... sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta del vigente".

En definitiva, concluye DE PALMA DEL TESO, la simple inobservancia equivale a la culpa levísima y es esta culpa levísima la que viene a sancionar el artículo 130. Uno de la LRJ-PAC, constituyendo la vulneración de una norma de cuidado.

El derecho sancionador administrativo impondrá un mayor grado de diligencia según el tipo de actividad siendo mayor la exigibilidad en actividades peligrosas, actividades desarrolladas por profesionales en la materia, o actividades que requieran previa autorización administrativa. Es precisamente el deber de cuidado el que va a configurar el grado de culpabilidad exigible y, por ejemplo, señala REBOLLO¹³³ el ámbito de infracciones sanitarias en materia de alimentación, indicando la necesidad de que el grado de culpabilidad sea más leve y por tanto sea superior la diligencia exigible, pues al tratarse de actividades peligrosas el deber de cuidado debe ser más amplio y riguroso

Ahora bien, no podemos quedarnos en este punto, sino que siguiendo la misma autora debemos explorar la cuestión de la llamada infracción imprudente, que es la que se configura como falta de diligencia debida como infracción de la norma de cuidado.

Este llamado ilícito imprudente ha sido objeto del análisis de la Sala de Penal del Tribunal Supremo, por ejemplo en la sentencia de 29 noviembre 1982, que citamos por todas, en la que se dice:

"que, en todo infracción culposa, la responsabilidad y el reproche culpabilístico reposan y descansan no en la malicia si no en la ligereza el abandono o el descuido

¹³³ REBOLLO PUIG, M. "Potestad sancionadora, alimentación pública y salud pública", Ministerio de Administraciones Públicas, 1989. pág. 635.

del infractor, constituyendo su esencia, según opinión doctrinal dominante, la falta de previsión, la omisión de precauciones y la conducta antisocial del agente, distinguiéndose en ellas, ante todo, un elemento normativo, esto es, la infracción del deber objetivo del cuidado que incumbe a cuantos viven en sociedad y que conlleva, con carácter general, la necesidad, impuesta por el principio de derecho alterum non laedere, de adoptar, en la propia conducta, las cautelas intervenciones precisas para evitar toda lesión o daño a los demás, y, de modo especial, el respeto a aquellas reglas que, en el curso de cualquier actividad grave humana, ha dictado el legislador para cohonestar el interés de la gente con el bien común, y otro psicológico, consistente en la acción u omisión voluntaria, pero no maliciosa, causante de un resultado lesivo, con daños, cuyo resultado no previsto por un sujeto activo era, sin embargo, fácilmente previsible, prevenible y evitable, con tal que, dicho sujeto, se hubiera conducido in comitendo, o in omittendo, con la debida diligencia”.

Vemos por tanto que es la infracción de la norma de cuidado la causa de la comisión de la infracción imprudente en el ámbito penal. Ahora bien, en el derecho sancionador administrativo la mayor parte de infracciones son precisamente de peligro. Es más, como afirma la autora citada:

*"los tipos administrativos, al contrario de lo que sucede en el derecho penal, contemplan de forma general conductas imprudentes. La infracción administrativa imprudente constituye el punto de partida originaria, y la comisión dolosa es un fenómeno derivado que presupone que no ha sido cometido de forma imprudente. Desde esta perspectiva no es posible entender el resultado de la imprudencia del mismo modo que en el derecho penal”.*¹³⁴

Dicho de otro modo, en el ámbito administrativo el tipo sancionador se refiere generalmente a conductas imprudentes y sólo de modo subsidiario a conductas dolosas, cuyo efecto es el agravamiento de la sanción salvo que el dolo sea un elemento subjetivo del tipo.

¹³⁴ Op. cit. pág. 145.

Profundizando más en esta cuestión, debemos señalar que, en la doctrina científica aplicable a nuestro derecho administrativo se señala por DE FUENTES BARDAJÍ que:

*“el derecho administrativo sancionador parte actualmente del principio de culpabilidad, pero diferenciándose del propio en Derecho penal en dos notas, a saber: inexigibilidad del dolo y voluntariedad en la acción, no en el resultado”.*¹³⁵

Se cuestiona por tanto si el artículo 130.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo exige o no culpa, existiendo diversas posiciones doctrinales contrapuestas, si bien la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de rechazar la responsabilidad objetiva, exigiendo un elemento subjetivo de la culpabilidad pero considerando que:

*“ordinariamente los elementos volitivos y cognoscitivos necesarios para apreciar aquélla forman parte de la conducta típica probada, y que su exclusión requiere que se acredite la ausencia de tales elementos, o en su vertiente normativa, que se ha empleado la diligencia que era exigible por quien aduce su inexistencia; no basta, en suma, para la exculpación frente a un comportamiento típicamente antijurídico la invocación de la ausencia de culpa”.*¹³⁶

En el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Julio de 2002, con cita de la de Tribunal Supremo de 12 de Enero de 2000 que señala:

*“la apreciación del requisito de culpabilidad deriva hacia la demostración psicológica de la imputabilidad, y dicha imputabilidad debe aceptarse mientras no conste ningún hecho o circunstancia con entidad bastante para eliminarla”.*¹³⁷

Cabe recordar también que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), Sentencia núm. 1319/2009 de 9 noviembre se refería a *“cuando la descripción de los hechos sancionables revele de suyo una conducta negligente”*. Como dice DE FUENTES

¹³⁵ Op. cit. pág. 179.

¹³⁶ STS 23 de Enero de 1998.

¹³⁷ STS 23 de Julio de 2002.

BARDAJÍ¹³⁸ “*los elementos volitivos y cognoscitivos para apreciar la infracción forman parte de la propia conducta típica*”.

Vemos por tanto que nuestro sistema jurídico que, en principio, rechaza que las manifestaciones del *ius puniendi* en el ámbito penal y sancionador administrativo, puedan fundamentarse en una responsabilidad objetiva “pura”, en una sanción sin culpa en cambio da por hecho que no se produce una aplicación de responsabilidad objetiva cuando la conducta típica ya incluye “*los elementos cognoscitivos y volitivos*” y “*revele de suyo una conducta negligente*”. Dicho de otro modo, nuestro Tribunal Supremo viene a concluir que no se trata de que se sancione por un hecho, de forma totalmente objetiva, sino que determinados hechos, conductas típicas sancionables, llevan ínsitas inevitablemente la actuación culpable, salvo prueba en contra por parte del administrado. Se trata por tanto de una infracción de normas de cuidado, de una mera disconformidad con la norma que revela una conducta imprudente, aunque sea en grado de culpa levísima, y que se sustenta meramente en la voluntariedad en la acción, prescindiendo de elementos volitivos, porque ya se consideran incluidos en la conducta típica.

Esta interpretación jurisprudencial constituye, a nuestro entender, una peculiar forma de negar la aplicación de la responsabilidad objetiva, pues lo que hace es, ante la inevitable evidencia de que al sancionarse se prescinde de elementos volitivos que conforman la apreciación de la culpa o el dolo, sostener, como para justificar ese sancionar sin elementos volitivos, que en realidad esos elementos están ya integrados en la propia conducta definida como contraria al derecho. Esta interpretación nos parece, cuando menos, bastante voluntariosa por no decir francamente rebuscada a la hora de defender que no existe una sanción meramente objetiva.

Por otro lado, que ha existido una progresiva objetivación de la responsabilidad es algo que ha venido reconociendo el propio Tribunal Supremo, y sin ánimo de extendernos mucho más sobre el tema, podemos recordar la Sentencia de 8-2-1991, a cuyo tenor:

¹³⁸ Op. cit. pág. 182.

“QUINTO.- Tomando como base el texto del art. 1902 del Código Civil y el de la jurisprudencia que le interpreta y desarrolla, los requisitos que vienen exigiéndose para la existencia de una responsabilidad por culpa extracontractual, son los reseñados en el fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida: acción u omisión voluntaria no maliciosa pero culposa o negligente, resultando dañoso y relación de causa a efecto entre ambos, pudiendo afirmarse, con apoyo en el art. 1104 del Código, que la mentada culpa no consiste en la omisión de normas inexcusables, sino el actuar no ajustado a la de diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, y, concretamente, en el actuar sin cuidado y atención necesaria para evitar perjuicio de bienes ajenos, jurídicamente protegidos, como así ha sido declarado por la Sala en reiteradas sentencias, lo que, en definitiva, sitúa la diligencia exigible en la que correspondería al buen padre de familia, como puntualiza el inciso final del precitado artículo, y de aquí, que la persona a quien se atribuye la autoría de los daños, está obligado a justificar, para exonerarse de la obligación de repararlos, que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y diligencia precisa para evitarlos, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume iuris tantum y hasta tanto no se demuestre que el autor de los daños obró en el ejercicio de actos lícitos con prudencia y diligencia, y tal objetivación moderada de la responsabilidad extracontractual ha sido reconocida por reiterada jurisprudencia de la Sala, pudiendo citarse, entre otras, las sentencias de 29 de marzo y 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 21 de junio y de 1 de octubre de 1985 (RJ 1985\3308 y RJ 1985\4566), 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986 (RJ 1986\329, RJ 1986\444 y RJ 1986\1788) y 19 de febrero y 24 de octubre de 1987 (RJ 1987\719), así pues, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico, acepta soluciones cuasi objetivas, y en la misma línea está la sentencia reseñada en el fundamento tercero de la recurrida, la de 16 de mayo de 1986 (RJ 1986\2727)”. (El subrayado es de la propia sentencia).

Visto que ya el Tribunal Supremo reconoció como aceptables las soluciones que llama “cuasi objetivas”. nos parece aún más discutible la técnica jurisprudencial de negar la objetivación que consiste en atribuir a la propia conducta del infractor unos caracteres que constituyen una imputación de culpabilidad, sin que haya elemento externo alguno ni volitivo ni externo que avale tal imputación, salvo la, digamos, ficción creada por los Tribunales para salvar la imposible objetivación absoluta, imposibilidad reiteradamente proclamada por nuestros tribunales por considerarla atentatoria a nuestra Constitución.

Pero debemos destacar que no sólo nos parece a nosotros una técnica de objetivación muy discutible, sino que alguien tan autorizado como el DIEZ PICAZO considera que existe una auténtica manipulación del requisito de la culpa, y así opina sobre dicha objetivación lo siguiente:

“En la jurisprudencia española se pueden observar varias técnicas de objetivación, a veces inconfesadas, que actúan manipulando el requisito de la culpa. Desde finales de los años cincuenta y principios de los sesenta se viene diciendo que la diligencia precisa para exonerarse de responsabilidad no es sólo la reglamentaria, sino toda la que sea socialmente necesaria para prevenir o evitar el daño. El problema que presenta este tipo de enunciado es que no se sabe muy bien si se está extremando el sacrificio que se impone al posible implicado, subvirtiendo, de este modo, la regla generalmente admitida de que la diligencia es la de una persona media o una persona normal. En otras ocasiones, la línea de objetivación se produce inventando, en el mejor sentido de la palabra, a posteriori, los deberes de diligencia que sobre las personas pesaban, por más que, con anterioridad, nadie pudiera descubrirlos”.¹³⁹

Tras las autorizadas y críticas palabras de tan prestigioso autor, que llega a hablar de inventar a posteriori deberes de diligencia, damos por cerrado, por ahora, el estudio de la responsabilidad objetiva en derecho español.

¹³⁹ DIEZ PICAZO L. “La culpa en La Responsabilidad Civil Extracontractual”, Civitas, 2001. pág. 157.

B.3 Breve referencia a derecho comparado

Como primera distinción debemos discernir entre la construcción jurídica del derecho estadounidense y anglosajón y el europeo continental.

Respecto al primero, citamos a DIEZ PICAZO quien señala:

“En la jurisprudencia inglesa y norteamericana se ha hablado y se continúa hablando de “strict liability”¹⁴⁰ para designar supuestos en los que la demanda de indemnización no se funda necesariamente en la culpa del demandado. Se ha puesto de relieve que la noción de “strict liability” en el Derecho de daños, es muy antigua, de manera que no puede decirse justamente que haya una evolución desde la responsabilidad por culpa a la responsabilidad estricta, sino al contrario: es la idea de que la responsabilidad no es necesariamente estricta la que es relativamente moderna, por lo que en la reaparición de la llamada “strict liability” puede encontrarse algún rastro de viejas decisiones sobre los casos de “trespass of cattle”¹⁴¹, que proceden de 1353. Como he explicado en otro sitio:

La regla es que “strict liability is liability without proof of negligence”¹⁴². Esta doctrina apareció en el asunto de Rylands versus Fletcher. Fletcher había construido en sus tierras un embalse del cual escapó el agua que inundó la tierra de Rylands. El asunto fue decidido a favor de este último y Lord Blackbourn dijo que la verdadera regla de Derecho es que la persona que para llevar a cabo sus propios designios traslada a sus tierras y recoge y guarda en ellas algo que probablemente causará daño si se escapa, lo hace a su riesgo y es prima facie responsable de todo daño que sea natural de que escape”¹⁴³.

Cuando analizamos el derecho continental europeo vemos enseguida que la construcción es radicalmente distinta, pues se parte de la concepción que la responsabilidad es por culpa, para entrar en un proceso de objetivación.

¹⁴⁰ Locución en lengua inglesa que equivale a la española “responsabilidad objetiva”.

¹⁴¹ Puede traducirse como “transgresión de ganado” o “entrada ilegal de ganado”.

¹⁴² Puede traducirse como “responsabilidad objetiva es responsabilidad sin prueba de negligencia”.

¹⁴³ Op. cit. pág. 5.

Para una mejor comprensión de esta evolución, se hace necesaria una breve referencia a las razones históricas que han llevado la construcción de un marco jurídico de responsabilidad objetiva que en el derecho continental va a resultar muy limitado ya que, como veremos, sustancialmente la restringe a los supuestos de actividades anormalmente peligrosas u objetos susceptibles de causar daños. Una parte de la doctrina señala el origen histórico de esta mentalidad restrictiva en la revolución industrial, en particular desde principios del siglo XX, cuando se construye un concepto responsabilidad objetiva como auténtica excepción a un derecho de daños centrados generalmente en la culpa.

DIEZ PICAZO señala al respecto:

*“Puede afirmarse, casi con seguridad, que hasta el final del siglo pasado¹⁴⁴ la responsabilidad civil que los códigos recogieron de la tradición iusnaturalista¹⁴⁵ inmediatamente anterior y mediatamente de los desarrollos de las glosas, posglosas y comentarios de la Ley Aquilia, fue una responsabilidad fundada exclusivamente en la culpa”.*¹⁴⁶

En la misma dirección se pronuncian, BÜYÜKSAGIS y VAN BOOM, haciendo alusión a que hay determinados bienes que, por bien que se fabriquen y por más precauciones que se tomen, inevitablemente conllevan un riesgo que llaman residual. Concretamente dicen:

*“Los accidentes que resultan del riesgo residual son llamados “inevitables”, en el sentido de que la acción humana no puede prevenirlos en la práctica. Bienes como la comida, medicinas, productos químicos o maquinaria, incluso cuando se fabriquen con las mejores procedimientos de hoy en día (por ejemplo, Six Sigma 7), pueden presentar defectos inevitables que podrían provocar accidentes”.*¹⁴⁷

¹⁴⁴ En el contexto de la publicación por Diez Picazo, se refiere al final del siglo XIX.

¹⁴⁵ Doctrina jurídica para la cual el ser humano tiene derechos naturales anteriores a la formación de la comunidad política, que deben ser respetados por el Estado.

¹⁴⁶ Op. cit. pág. 1.

¹⁴⁷ BÜYÜKSAGIS, E. y H. VAN BOOM, W., “Strict liability in contemporary european codification: torn between objects, activities and their risks”, Georgetown Journal of International Law, Vol. 44, No. 2, 2013. pág. 609.

En el mismo trabajo se señala además que los juzgados y tribunales de países como Alemania, Suiza y Turquía:

*“han desarrollado el concepto de Verkerssicherungspflicht (deber de mantener la seguridad, esto es el deber de proteger de daños al público), que aumenta el estándar de cuidado en tal modo que el causante del daño en realidad no puede aportar ninguna prueba exculpatoria”.*¹⁴⁸

Siempre según estos autores, la tendencia a extender del alcance de la responsabilidad objetiva se inició en Austria a principios de los años 50 del siglo XX, pues desde entonces la *Oberster Gerichtshof* (en adelante OGH) o Tribunal Supremo Austríaco, ha desarrollado una forma de responsabilidad objetiva particularmente para prácticas comerciales peligrosas. Así por ejemplo se aplica tal criterio a los fuegos artificiales, a una fábrica de municiones, a una fábrica de gas altamente inflamable, cables de alta tensión y circunstancias similares.

Según LARENZ, en Alemania la llamada responsabilidad por riesgo se construyó mediante la generalización de leyes especiales, que se habían referido en un primer momento al transporte por ferrocarril, desde una Ley prusiana de 1871, y después a la conducción de vehículos de motor, a las que se unieron las normas sobre la responsabilidad del poseedor de un animal y algunas figuras de responsabilidad unidas a la tenencia de una cosa. Al respecto LARENZ señala:

*“La responsabilidad no se funda en que el responsable haya obrado injustamente, sino en que está obligado a soportar en virtud de la ley el riesgo de producir un daño para otro unido a una actividad autorizada. Responsable es, en principio, aquel que conoce y domina en general la fuente u origen del riesgo – aunque no necesariamente el curso del acontecimiento productor del daño– y que no con carácter transitorio obtiene provechos de la misma; la ley habla de «empresario fabril» y de «tenedor» de un animal o de un automóvil”.*¹⁴⁹

Sin embargo, los tribunales alemanes han sido más reacios que los austríacos a la hora de extender el alcance de la responsabilidad objetiva y, por ejemplo, el

¹⁴⁸ Op. cit. pág. 614 volumen 44.

¹⁴⁹ LARENZ, K. *“Derecho de Obligaciones II”*, Revista de Derecho Privado, 1958. pág. 663.

Bundesgerichtshof (en adelante BGH) o Tribunal Supremo Alemán, rechazó aplicar a instalaciones de suministro de agua las mismas reglas que aplicaba a instalaciones de gas y electricidad por cuanto los tribunales de Alemania rechazan una extensión por analogía de los regímenes de estatuto especial permitiendo las incursiones en el principio de negligencia solamente en unos pocos casos excepcionales. En definitiva lo que se hace es aplicar el principio de *Verkehrssicherungspflicht* en una medida tal que suponen una quasi responsabilidad objetiva. Este ha sido también criterio aplicado por ejemplo en Turquía por el *Yargaty* o Tribunal Supremo en el caso de inapropiado mantenimiento de construcciones.

En relación a Suiza, y siguiendo siempre a los mismos autores, se señala que los demandantes fundamentan sus reclamaciones en una violación del *Gefahrensatz*, que es una creación jurisprudencial que prohíbe la creación de un riesgo indebido, concebido para empresas y que evita tener que probar la existencia de culpa de parte de la empresa o de sus empleados.

El artículo 55.1 del *Schweizerisches Obligationenrecht* en adelante SwC, o Código Suizo de Obligaciones, establece:

“un empleador es responsable del daño o pérdida causado por sus empleados o personal auxiliar en el curso de su trabajo a menos que pruebe que puso toda la diligencia debida para evitar la pérdida o daño de este tipo o que el daño o pérdida habría ocurrido incluso si se hubieran tomado todas las precauciones”.

El Tribunal Supremo suizo aplica esta causa de exoneración de forma tan restrictiva que típicamente el empleador no puede cumplir con la carga de la prueba. Y dicen estos autores:

*“como resultado de esta alta prueba, la responsabilidad basada en la culpa gravita hacia la responsabilidad objetiva por Gefahrensatz”.*¹⁵⁰

En la jurisprudencia francesa se han ampliado el alcance de la responsabilidad objetiva principalmente a partir del célebre caso *Jand’heur*, en el que Lise Jand’heur,

¹⁵⁰ Op. cit. pág. 619 volumen 44.

una menor, resultó herida por un camión, y su madre demandó al propietario, aunque no se probó que hubiera vicio de la cosa.

Respecto al mayor ámbito de aplicación de la responsabilidad objetiva, comenta DIEZ PICAZO lo siguiente:

*“El giro doctrinal y jurisprudencial que conduce a admitir, por lo menos en algunos casos, que la responsabilidad no se funda en la culpa, sino en el riesgo que se ha creado, es históricamente una consecuencia de la Ley francesa de Accidentes de Trabajo de 1896, en la cual, de modo similar a como ocurrirá después en otras muchas leyes posteriores, se establece un deber (del patrono) de indemnizar al trabajador sin más excepciones que la fuerza mayor extraña al trabajo y la culpa del perjudicado”.*¹⁵¹

En efecto, en ese momento el código civil francés establecía en su artículo 1384 *“una persona es responsable no sólo por los daños que causa por sus propios actos, sino también por el causado por cosas en su custodia”*.

Pues bien, en el citado caso Jand’heur se emitieron dos fallos contradictorios en los que dos tribunales sentenciaron, uno que al no haberse ofrecido la prueba del vicio, sólo podía probarse la culpa, y el otro que el art. 1384 no formula ninguna distinción entre que el daño sea causado o no por la intervención de la mano del hombre sino que lo importante era la noción de guarda y la responsabilidad del que tenía la custodia.

Al existir fallos discordantes, la *Cour de Cassation Française* o Tribunal de Casación casó las sentencias sentando la famosa doctrina legal que estableció *“para la presunción que ella establece, la ley (art. 1384 párrafo primero) no distingue según que la cosa que ha causado el daño haya sido o no accionada por la mano del hombre”*, quedando así consagrada la responsabilidad objetiva por los daños causados por un objeto, puesto que se afirmó que el guardián del objeto no podía eludir la responsabilidad probando que el daño hubiera sido causado por fuerza mayor, o dicho de otro modo, la responsabilidad será aplicable incluso aunque el potencial causante no hubiera podido evitar el accidente.

¹⁵¹ Op. cit. pág. 153.

Señala DIEZ PICAZO al respecto:

*“a partir del asunto Jand’heur la regla se aplica a la responsabilidad derivada de accidentes de automóvil, con una generalidad que permitió a R. Savatier acuñar un neologismo para designar el responsable como chargé de risques¹⁵², porque, en esta línea doctrinal y jurisprudencial hay lo que se ha llamado una consagración parcial de la doctrina del riesgo. La responsabilidad –se dice– no es un riesgo que pesa sobre la propiedad, pues el propietario sólo está obligado si usa la cosa y si la guarda. Es un riesgo de la explotación, porque si el uso de las cosas es fuente de ventajas y de beneficios, debe ser también fuente de responsabilidad: ubi emolumentum ibi onus”.*¹⁵³

Esta evolución jurisprudencial en Francia tuvo su papel en el desarrollo de la responsabilidad objetiva en países vecinos como Bélgica e Italia y Portugal.

En el caso de Bélgica el artículo 1384 del *Code Civil Belge* o Código Civil Belga establece la responsabilidad el guardián de propiedad defectuosa en cuanto a los daños causados por ese particular defecto de su propiedad.

En el caso de Italia el artículo 2051 del *Codice Civile Italiano* o Código Civil Italiano exonera de responsabilidad únicamente en el caso de evento fortuito.

En Portugal el artículo 493 del *Código Civil Português* (Código Civil Portugués), dispone que se presume culpa si hay un deber de supervisión de un bien mueble o inmueble, y la práctica de los tribunales al interpretar esta disposición hace muy difícil exonerar a quien tiene la custodia de su responsabilidad.

Hemos visto por tanto un breve panorama de cómo en varios países europeos se ha ido avanzando en la progresiva objetivación de la responsabilidad, aunque cabría decir que más que por vía legislativa la objetivación ha venido por vía jurisprudencial, lo cual es, a nuestro criterio, un factor de incertidumbre contraria a principio de seguridad jurídica.

¹⁵² Expresión que puede traducirse por “responsable de los riesgos”.

¹⁵³ Op. cit. pág. 155.

Nos parece de gran importancia la existencia del llamado *European Group on Tort Law*, o Grupo Europeo de Derecho de Daños, anteriormente denominado grupo Tilburg. Se trata de un grupo de estudio creado en 1992 y que se reúne regularmente para discutir cuestiones relativas al derecho de daños y responsabilidad y al futuro legislativo de estas cuestiones. Este grupo ha creado el llamado PETL o “*Principles of European Tort Law*” es decir Principios del derecho Europeo de Daños, que presentó el 19 y 20 mayo de 2005 en Viena, Austria.

Pues bien, teniendo en cuenta la influencia que puede tener este grupo y lo elaborado de su trabajo, vamos a citar, por su interés, la definición que ha realizado de la responsabilidad objetiva, a cuyo efecto señala:

“Capítulo 5. Responsabilidad objetiva

Art. 5:101. Actividades anormalmente peligrosas

(1) La persona que lleva a cabo una actividad anormalmente peligrosa responde objetivamente por el daño característico del riesgo que tal actividad comporta y que resulta de ella.

(2) Una actividad es anormalmente peligrosa si:

a) crea un riesgo previsible y significativo de daño incluso aunque se emplee todo el cuidado debido en su ejercicio y

b) no es una actividad que sea objeto de uso común.

(3) El riesgo de daño puede ser significativo en atención a la gravedad o a la probabilidad del mismo.

(4) Este artículo no se aplica a una actividad sujeta específicamente a responsabilidad objetiva por cualquier otra disposición de estos Principios o por cualquier legislación nacional o convención internacional.

Art. 5:102. Otros supuestos de responsabilidad objetiva

(1) Las leyes nacionales pueden establecer otros supuestos de responsabilidad objetiva por la práctica de actividades peligrosas, incluso aunque dichas actividades no sean anormalmente peligrosas.

(2) A menos que la ley nacional disponga de otro modo, los supuestos adicionales de responsabilidad objetiva pueden establecerse por analogía a otros que originen un riesgo parecido de daño”.

Como se aprecia, todo supuesto de responsabilidad objetiva se restringe a actividades peligrosas. En cuanto a causas de exoneración en responsabilidad objetiva, se dice:

“Art. 7:102. Causas de exoneración en casos de responsabilidad objetiva

(1) La responsabilidad objetiva puede ser objeto de exoneración total o parcial si el daño fue causado por una imprevisible e irresistible

a) fuerza de la naturaleza (fuerza mayor), o

b) conducta de un tercero.

(2) Que la exoneración de responsabilidad objetiva sea total o parcial y, en caso de reducción, su extensión, dependen, de una parte, de la importancia de la influencia externa y, de otra, del alcance de la responsabilidad (artículo 3:201).

(3) En el caso de la reducción prevista en el apartado (1)(b), la responsabilidad objetiva y cualquier tipo de responsabilidad del tercero son solidarias conforme a lo dispuesto en el artículo 9:101 (1)(b).

Capítulo 8. Conducta o actividad concurrente

Art. 8:101. Conducta o actividad concurrente de la víctima

(1) Puede excluirse o reducirse la responsabilidad en la medida en que se considere justo en atención a la culpa concurrente de la víctima y a cualesquiera otras circunstancias que serían relevantes para establecer o reducir la responsabilidad de la víctima si fuera la causante del daño.

2) *Si se solicita la indemnización con relación a la muerte de una persona, su conducta o actividad excluye o reduce la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el apartado 1”.*

B.4 Definición de responsabilidad objetiva.

Vamos a recapitular brevemente señalando algunos puntos que hemos ido descubriendo en nuestro estudio.

Así, hemos visto que nuestro derecho recoge un cuerpo legislativo de aplicación amplia de un régimen de responsabilidad objetiva de carácter reparador, que se refiere a actividades peligrosas y a la omisión del deber de custodia de objetos o bienes que por si pueden causar daños a terceros.

Existe también un derecho administrativo sancionador cuya lectura literal, y aplicación fáctica, parecen revelar la existencia de una responsabilidad objetiva. Sin embargo, la norma constitucional impone la aplicación del principio de culpabilidad en cualquiera de las manifestaciones del *ius puniendi* y el derecho administrativo sancionador es una de ellas, y como consecuencia, son los tribunales los que, por así decirlo, han querido salvar la pervivencia del principio de culpabilidad, para lo cual se predica que sí existe culpabilidad, en la medida en que la transgresión de la norma es punible porque la conducta descrita en la norma implica de por sí los elementos volitivos que configuran que, de transgredirse, se ha producido cuando menos una omisión del deber de cuidado. Dicho de otro modo, lo que sostienen los tribunales es que no hay una responsabilidad objetiva en derecho administrativo sancionador, sino que cabe la sanción cuando *“la descripción de los hechos revele de suyo una conducta negligente”*, lo cual identifica parte de la doctrina como una culpa levísima, si bien un autor tan relevante como DIEZ PICAZO se muestra sumamente crítico con el recurso jurisprudencial al deber de cuidado para sortear el obstáculo constitucional de la imposible aplicación de la responsabilidad objetiva.

Hemos visto que debe tenerse también en cuenta la evolución del concepto de culpa en derecho civil, que tiende a conformarse meramente como la *“disconformidad del acto con la norma de conducta”*, prescindiendo de elementos subjetivos.

Tomando en consideración los aspectos señalados, creemos que ya es posible formular una definición de la responsabilidad objetiva en derecho español, que podría ser la siguiente:

Responsabilidad objetiva (sancionadora) es la que resulta de la infracción de una norma imperativa, por mera inobservancia de la misma, y sin exigencia para sancionar de ningún grado o forma de culpa, dolo o negligencia más allá del que resulta de la propia conducta del sancionado, en la medida en que dicha norma describa unos hechos que revelen de suyo una conducta negligente.

Hemos optado por “mera” inobservancia, en lugar de “simple” inobservancia, pese a que “simple” es la terminología que utiliza la ley, porque entendemos que, por una cuestión lingüística y de técnica jurídica, la expresión “simple”, de carácter polisémico, con muchas más acepciones, induce a confusión, especialmente en el marco de la normativa legal que habla de actos simples o complejos, por ejemplo, mientras que “mera” inobservancia deja claro que no es cuestión de simplicidad o complejidad, sino de cumplir o no, sin más matices. Para ello hemos tenido en cuenta que según el diccionario de la Real Academia Española:

“mero”², ra. (Del lat. merus).

1. adj. Puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa. U. en sentido moral e intelectual. 2. adj. Insignificante, sin importancia.

simple. (Del lat. simple, adv. de simplus).

1. adj. Sin composición, 2. adj. Se dice de aquello que, pudiendo ser doble o estar duplicado, no lo es o no lo está. Simple muralla, 3. adj. Sencillo, sin complicaciones ni dificultades., 4. adj. Dicho de un traslado o de una copia de una escritura: Que se saca sin firmar ni autorizar. 5. adj. Desabrido, falto de sazón y de sabor. 6. adj. Manso, apacible e incauto. U. t. c. s. 7. adj. Mentecato, abobado. U. t. c. s.“.

Si bien cabría profundizar aún más en la investigación de la presunción de inocencia y la responsabilidad objetiva, creemos que lo señalado hasta el momento resulta suficiente a los efectos pretendidos en este trabajo, que no son tanto investigar dichos conceptos en derecho español, cuanto explorar el tratamiento que ha dado a los

mismos el TAS y, consecuentemente, consideramos fijado el marco teórico de qué entendemos por responsabilidad objetiva y presunción de inocencia, por lo que entramos ya a analizar la aplicación de ambos principios en los laudos dictados por el TAS, sin perjuicio de que posteriormente, en las conclusiones finales, volveremos a tratar sobre ambos conceptos.

C.- MARCO JURÍDICO DE RELACIÓN ENTRE AMBOS PRINCIPIOS

En cuanto a la forma en que se relacionan ambos principios, ya afirmábamos antes que creemos evidente que se trata de una contraposición, que son principios directamente opuestos, pero que al no pretender sostener esta afirmación como una verdad apodíctica, nos obligamos a corroborar esta afirmación una vez hayamos analizado pormenorizadamente los laudos.

No obstante, a raíz del estudio del marco teórico que hemos realizado, consideramos que podemos ya realizar algunas afirmaciones que nos llevan a sostener esa contradicción, según los argumentos que a continuación exponemos.

En primer lugar, en cuanto a la presunción de inocencia nos parece indudable el vínculo, por su oposición, entre dicha presunción y la cuestión de la culpabilidad. Así hemos señalado, por ejemplo, que el artículo 6, apartado 2, del CEDH (derecho a un proceso equitativo) señala: *“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”*.

Dicho en lenguaje llano, la presunción de inocencia supone el derecho a no ser tenido por culpable hasta que sea así legalmente declarado.

Por otro lado, de la responsabilidad objetiva hemos dicho que es aquella que hace referencia a la infracción cometida con carácter independiente de la voluntad del sujeto, sin dolo ni culpa.

Pues bien, el vínculo entre uno y otro principio, el común denominador de ambos, aunque obviamente en sentido opuesto, se centra precisamente en la culpa. Allí donde la culpa debe declararse para sancionar, se está aplicando la presunción de inocencia, mientras que allí donde la culpa es irrelevante a la hora de sancionar o no, se está aplicando la responsabilidad objetiva, pero en ambos casos es la culpa el ámbito común en el que se mueven ambos principios. La culpa es, por así decirlo, la tierra de nadie en que se disputan los conflictos entre la responsabilidad objetiva y la presunción de inocencia, pero esa disputa es la que precisamente los relaciona, si bien como contradictorios.

Conviene sin embargo matizar algo más el concepto mismo de responsabilidad puesto que, como señala LANDABEREA, ese término responsabilidad podría referirse a muy distintas situaciones y órganos jurisdiccionales diversos, y obedecen a finalidades muy distintas. Así, señala:

*“El término “responsabilidad” es polisémico pues bajo dicho término se engloban categorías jurídicas muy diferentes.....su exigencia se lleva a cabo ante órganos jurisdiccionales o administrativos diversos y conforme a procedimientos también distintos. Fundamentalmente, la diferencia entre las distintas responsabilidades reside en su finalidad. La responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, tiene una naturaleza reparadora: su objetivo es reparar los daños y perjuicios causados a terceros. La responsabilidad civil pretende resarcir a las víctimas de los daños sufridos. Por el contrario, la responsabilidad penal tiene una función sancionadora y uno de sus objetivos es disuadir mediante la imposición de penas por la comisión de dichos actos. La responsabilidad disciplinaria tiene un fundamento semejante, pero se encuentra vinculada a actos cuya represión no es necesario ejercer a través del contundente régimen jurídico penal. Por su diferente naturaleza, la responsabilidad civil es compatible con la exigencia de responsabilidad penal o disciplinaria”.*¹⁵⁴

Señala asimismo:

“La responsabilidad subjetiva se funda exclusivamente en la culpa; por el contrario, es objetiva aquella responsabilidad que hace abstracción del requisito de la culpa”.

En el texto citado se contienen cuatro afirmaciones cuya interacción será la que nos ayude a delimitar en qué campos debemos analizar si existe o no contradicción entre ambos principios. Presentadas muy esquemáticamente, las afirmaciones que formulamos al hilo de lo que señala LANDABEREA son:

- La responsabilidad civil tiene naturaleza reparadora.
- La responsabilidad penal o disciplinaria tiene naturaleza sancionadora.
- La responsabilidad subjetiva se funda en la culpa.

¹⁵⁴ LANDABEREA UNZUETA, J.A. “Responsabilidad civil, patrimonial y cobertura de riesgos en el deporte”, Máster Derecho Deportivo, INEF X Edición 2011-2013. pág. 7 y ss.

- La responsabilidad objetiva hace abstracción de la culpa.

Formulado el esquema, cabe preguntarse cuál o cuáles de esas responsabilidades puede estar relacionada con la presunción de inocencia.

Pues bien, afirmamos que sólo en los supuestos en que la responsabilidad es punitiva o sancionadora, tal responsabilidad se relaciona de modo directo con la presunción de inocencia que dimana del artículo 24.2 de la Constitución Española, puesto que precisamente la presunción de inocencia es un principio que se relaciona con el *ius puniendi* que aplica el Estado, sea en el grado máximo del derecho penal, sea en la simple sanción administrativa, pero en ambos casos relacionado siempre con el concepto de culpa y es en ese campo, en el de la culpa, en el que actúa también la responsabilidad objetiva prescindiendo, al menos en teoría, de atender al grado de culpabilidad.

Que la presunción de inocencia nada tiene que ver con la finalidad reparadora de la responsabilidad civil, parece muy claro, pues la obligación de reparar se impone con carácter objetivo, para restaurar el equilibrio roto por la acción u omisión del causante del daño, pero con independencia de la intencionalidad y/o culpa.

Así se señala además en una Sentencia del Tribunal Supremo que distingue entre la naturaleza reparadora y la sancionadora de la responsabilidad civil y claramente sitúa el 24.2 de la CE en el ámbito de las situaciones de aplicación de normas represoras, punitivas o sancionadoras y, por ende, excluye la presunción de inocencia de la normas de naturaleza reparadora. Se trata de la Sentencia 7-1-1992, a cuyo tenor:

“....cuanto antecede es de por sí suficiente para que no pueda entenderse conculcado el principio de presunción de inocencia, aparte de que el art. 24.2 de la Constitución, establecedor de tal presunción, no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse, en todo caso, a normas represivas, punitivas o sancionadoras, cuyo carácter no tienen los arts. 1902 y 1903 del CC, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa de los

responsables del daño, en situación equivalente (en reparación de daños corporales o morales nunca puede existir igualdad) al que tenía antes de haberlo sufrido [ver SS 20-2-1989 (RJ 1989\1215) y 25-3-1991 (RJ 1991\2443)]”. (el subrayado nuestro).

Atendiendo por tanto a dicha sentencia, que contrapone claramente la presunción de inocencia a las normas represivas, punitivas o sancionadoras, creemos posible afirmar ya que la relación entre la presunción de inocencia y la responsabilidad objetiva, es de oposición directa, que son principios opuestos.

Ahora bien, aún cuando, como hemos reiterado, nos reservamos concretar o aclarar la cuestión al final del análisis de los laudos y a la vista de lo que resulte de su estudio, sí creemos conveniente preguntarnos a qué normas represivas, punitivas o sancionadoras se refiere, es decir ¿a todas? ¿a todos los ámbitos sancionadores? ¿a toda manifestación del *ius puniendi* del Estado?.

Como vamos a analizar laudos del TAS, creemos conveniente enmarcar la respuesta a esta pregunta a la luz de la situación jurídica en que se encuentran los que acuden al TAS y el *ius puniendi* que se aplica por el TAS o cuya aplicación se discute ante el mismo.

Cuando en los laudos se trata de cuestiones de carácter contractual, no nos ofrece dudas que no estamos discutiendo sobre responsabilidad objetiva y presunción de inocencia porque, como ya hemos dicho, la contraposición entre ambos principios se dilucida en el campo punitivo, sancionador.

Ahora bien, cuando se acude ante el TAS por un deportista para recurrir una sanción impuesta por una Federación Mundial, cabe preguntarse ¿cuál es su situación jurídica real?, ¿es acaso equiparable a la mera situación entre ese deportista, y, por ejemplo, su club de origen?, ¿tiene alguna trascendencia jurídica para nuestro estudio que en vez de enfrentarse a una sanción de un club, que en su país de origen se dilucidaría ante un Tribunal civil ordinario, se enfrente a una Federación, o más bien, generalmente, a “la” Federación Mundial de ese deporte?. Nosotros creemos que sí, que esa posición peculiar del deportista ante la Federación tiene relevancia suficiente para permitirnos afirmar que no es comparable a la de ese deportista con su Club, a esa relación típicamente jurídico-privada de asociado o federado, sino que nos parece

más bien comparable a la que tiene un ciudadano cualquiera ante la Administración de su Estado.

Por otra parte, tampoco se trata de sanciones de carácter penal, por lo que si bien creemos comparable la situación del deportista a la que tiene un ciudadano ante la Administración, y Administración sancionadora, nos parece equiparable no a la administración de justicia, donde se dilucidaría las sanciones de carácter penal, sino más bien a la situación de un particular ante un sanción de carácter administrativo.

Creemos que la comparación es válida y argumentamos para sostener esta afirmación por ahora, y a expensas de lo que resulte del análisis de los laudos, que, como ya hemos insinuado, existe un notable desequilibrio entre la posición jurídica que ostenta un deportista o un club y la Federación ante la que recurre al TAS, desequilibrio que se hace más evidente en los casos de disputas entre federaciones mundiales u organismos internacionales y deportistas individuales.

Debemos aclarar desde ahora que este desequilibrio no se refiere a tamaño de una de las partes litigantes ni a la respectiva capacidad económica. Así, a título de ejemplo, si pensamos en un caso de particular diferencia de capacidad económica y tamaño y relevancia de cada litigante, podríamos referirnos a la famosa demanda por discriminación laboral que en el año 2001 interpusieron seis trabajadoras de la gran cadena de supermercados Wal Mart, obteniendo un fallo a su favor, en la denuncia de que la empresa pagaba menos a las mujeres que a los hombres por el mismo trabajo.

Siendo dicha empresa la mayor del mundo en empleo privado, ya que se estima que supera los 2 millones de puestos de trabajo, sin embargo prosperó una demanda de unos particulares y sin recursos económicos notables, y cabe sostener que, al margen de que tuvieran o no razón los demandantes, en la respectiva posición jurídica existía una relativa igualdad por cuanto ambas partes litigantes sostenían intereses contrapuestos, pero en ambos casos se trataba de intereses particulares, propios de la situación de cada litigante.

En cambio lo que afirmamos es que el desequilibrio que decimos existe en los casos de sanción que se ventilan ante el TAS, se fundamenta, en primer lugar, en el distinto interés jurídico que, al menos en teoría, pretende proteger cada parte, y que

esta situación se parece a la del particular que se enfrenta a una Administración pública que le sanciona.

Cuando una Federación sanciona por dopaje a un deportista, y aún cuando no se puede negar la relación jurídica que une a ese deportista y la Federación es de naturaleza privada y no pública, existe una diferente raíz del interés que pretende proteger cada una de las partes.

En efecto, el deportista pretende defender sus intereses privados, de carácter económico, deportivo, buen nombre, fama, etc. pero, por legítimos que sean no dejan de ser meramente privados, mientras que, en cambio, la federación que sanciona pretende proteger un interés colectivo, un interés supraindividual de la comunidad de deportistas y pretende proteger principios como de limpieza de la competición, “*fair play*”¹⁵⁵ deportivo, igualdad de armas entre los competidores, etc.

A nuestro entender esta disparidad de posiciones jurídicas, tiene cuando menos una similitud con la posición que mantiene el administrado ante la Administración, particularmente en derecho administrativo sancionador, puesto que la Administración busca servir a intereses generales.

En efecto, el artículo 103 de la Constitución española señala:

“Artículo 103

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

A su vez el artículo 9 señala:

“Artículo 9

1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.

¹⁵⁵ Expresión inglesa que aunque literalmente significa “juego equitativo” se suele traducir por “juego limpio”, en referencia particularmente al deporte.

2. *Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.*

3. *La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.*

De la simple lectura de dichos artículos de la Constitución Española podemos por tanto afirmar, con GARCÍA DE ENTERRÍA, que:

*“la Administración, precisa el artículo 103 de la Constitución, se ordena al servicio de los intereses generales, con objetividad y con eficacia y, además, con prohibición de arbitrariedad”.*¹⁵⁶

El desequilibrio entre las distintas posiciones jurídicas también se pone de manifiesto, en segundo lugar, en la posición de poder que ocupa cada una de las partes a la hora de exigirse mutuamente obligaciones.

En efecto, cuando deportista y federación internacional, por ejemplo, recurren al TAS, y aunque se trata de una relación jurídico-privada, no puede sostenerse razonablemente que se trate de una relación en la que caben exigencias equivalentes, pues una de las partes tiene el poder de sancionar, de forma exclusiva, y a la otra parte le queda el recurso a los tribunales, pero nunca puede sancionar, porque no se trata aquí de una relación contractual en la cual cada parte pueda pactar la penalización que el incumplimiento de la otra pueda causar.

No estamos pues en modo alguno ante un Tribunal civil, en el que cabe reconvenir ante una demanda, y en donde la parte actora puede resultar condenada, sino ante un Tribunal que va a decidir si se aplica o no la sanción.

¹⁵⁶ GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R., *“Curso de Derecho Administrativo”*, Civitas, 2002. pág. 40.

Además, la Federación que sanciona, por ejemplo, es una persona jurídica que ostenta un poder económico, social, y, sobretodo, y el ámbito que interesa al deportista, un poder deportivo no ya muy relevante, sino muchas veces monopolístico, y por tanto no es tan sólo un simple particular que puede sancionar a otro particular de conformidad con las normas mutuamente aceptadas en una relación contractual privada. El deportista se enfrenta a la Federación que puede sancionarle impidiéndole incluso, según los casos, desarrollar su práctica deportiva competitiva definitivamente.

Creemos que existe un notable paralelismo con el derecho administrativo sancionador, en la medida en que la posición jurídica que ocupa la Administración Pública por razón de su poder sancionador ante el administrado tiene muy apreciables similitudes con la que ocupa, por ejemplo, esa federación que sanciona, ante el deportista federado. Para apreciar dicha similitud nos permitimos citar nuevamente a García de Enterría, quien a la hora de destacar las características principales del derecho administrativo realiza, entre otros, los siguientes comentarios:

*“La Administración Pública personifica el poder del Estado; es por ello una “potentior persona”¹⁵⁷, un personaje poderoso, cuyo comercio jurídico aparece penetrado por la idea de poder público (Hairou)..... sus actos constituyen verdaderos títulos ejecutivos sin necesidad de declaración judicial al respecto”.*¹⁵⁸

En forma similar afirma BLANQUER:

“Es decir, el Derecho Administrativo es el que sirve para garantizar el interés general, y esa finalidad es un elemento configurador de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa. La postura finalista del interés general propone la noción de utilidad pública como rasgo definitorio del Derecho Administrativo, ya que en ella convergen las otras dos posturas mayoritarias: por un lado la prestación de servicios públicos encamina siempre a la satisfacción de los

¹⁵⁷ Locución latina que significa “persona más potente”.

¹⁵⁸ Op. cit. pág. 48.

*intereses generales; por otro lado el ejercicio de potestades exorbitantes sólo se justifica por el cumplimiento de los intereses generales”.*¹⁵⁹

Asimismo señala:

*“..... Allí donde existe Derecho Administrativo, la Administración Pública puede servirse de medios exorbitantes que la convierten en una “potentior persona” y la colocan frente a los ciudadanos en una posición de supremacía. A ello se añade que el fin supraindividual que persigue la Administración Pública (la satisfacción del interés general) sólo puede alcanzarse con éxito si entre los instrumentos utilizables hay medios adecuados para vencer y superar la resistencia individualizada de algunos ciudadanos”.*¹⁶⁰

En definitiva, y a expensas de una justificación más elaborada en las conclusiones, sostenemos en sustancia que el marco de relación entre el principio de presunción de inocencia y el de responsabilidad objetiva, es el de contradicción, que se trata de principios mutuamente excluyentes, y que la situación en la que se encuentran en el ámbito sancionador quienes acuden al TAS, tiene elementos en común con el derecho administrativo sancionador, en cuanto la situación del deportista o club es comparable con la del administrado, y la de la Federación sancionadora es comparable con la de la Administración pública.

¹⁵⁹ BLANQUER CRIADO, D. *“Derecho Administrativo- El fin, los medios y el control”*, Tirant Lo Blanch, 2010. pág. 129.

¹⁶⁰ Op. cit. pág. 147.

CAPÍTULO III.- ¿CÓMO APLICA EL TAS EL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?

Procederemos a continuación al análisis de los laudos escogidos en relación a dicho principio.

Cabe señalar que, como hemos señalado al fijar la metodología de trabajo, hemos accedido a la base de datos que publica el TAS y que contiene el texto íntegro de 439 decisiones que abarcan desde 1986 hasta Diciembre de 2014. Aún cuando existen, en un número mucho menor, laudos no publicados, creemos que se trata de una muestra suficientemente significativa para servir al propósito de nuestro estudio.

De dichos laudos hemos realizado una primera selección mediante el localizador de búsqueda avanzada de la base de datos del TAS, que permite introducir las palabras clave. Así, introduciendo la palabra presunción de inocencia en inglés y en francés, se han identificado todos los laudos que contienen esas palabras.

De esos laudos, hemos excluido de nuestro estudio aquellos que, una vez leídos, se observa que, aunque citen el principio, realmente no aportan nada al objeto de este estudio, por tratar la cuestión de un modo meramente circunstancial o colateral.

Por último, de los laudos que hemos analizado en más profundidad y a los que ahora nos referiremos, transcribiremos solamente la parte de los mismos que tenga interés para el objeto de nuestro análisis, que pretende responder a la pregunta que encabeza este capítulo, por lo que pasamos a continuación a su examen.

A.- ANÁLISIS DE LOS LAUDOS ESCOGIDOS

Como comentario previo al inicio del análisis de los laudos escogidos, debemos señalar que hemos seguido un criterio cronológico, y que cuando en algunos de ellos la numeración se contradice con la fecha, es decir que uno numerado antes está fechado después, hemos optado porque prevalezca el criterio de la fecha del laudo.

En cuanto al análisis propiamente dicho, hay tres laudos que nos limitamos a mencionar, que son los 91/53, 92/3 y 92/73, y se corresponden a cuestiones de dopaje en caballos, y que generaron sanciones de la FEI¹⁶¹ a los caballistas. No nos detendremos a analizarlos porque se basan en cuestiones de negligencia del caballista y por que la naturaleza de la presunción de inocencia que nos interesa analizar es la de la persona del deportista, en su conexión con elementos volitivos, conocimiento del injusto, derechos de la personalidad, etc., todo lo cual poco o nada tiene que ver con una cuestión de dopaje de un animal por su caballista o cuidador, cuestión esta que se resuelve por unas presunciones de culpabilidad, o penalización por mera imprudencia pero que, insistimos, carecen de relevancia a los efectos de este estudio, por lo que tampoco los analizaremos a la hora de estudiar la responsabilidad objetiva.

Entramos por tanto de inmediato a analizar los laudos que hemos escogido.

ASUNTO: Arbitraje CAS 95/142 L./Fédération Internationale de Natation Amateur (FINA), laudo del 14 Febrero 1996.

SINTESIS: La Fédération Internationale de Natation Amateur (Federación Internacional de Natación Amateur), en adelante “FINA”, sancionó a un nadador por dopaje, a causa de la utilización de salbutamol, sustancia que tiene un estatus especial porque puede ser consumida en determinadas circunstancias, mediante notificación previa, por lo que su mera presencia no implica *per se* la existencia de dopaje, pero la omisión de su declaración permite asumirlo. Se presenta por el nadador una reclamación de daños por incumplimiento contractual y por perjuicio de imagen (*infringement of personality*).¹⁶²

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“El panel declara que L. no fue capaz de presentar suficiente evidencia respecto a los contratos de O. Es cuestionable si la finalización de este contrato fue conforme a

¹⁶¹ Federación Ecuestre Internacional.

¹⁶² Concepto de derecho continental que incluye los derechos de imagen, como uno de los derechos de la persona. Reconocido en el Código Civil Suizo en artículo 28.

derecho. Al menos bajo la ley suiza y en vista del artículo 6 II ECHR¹⁶³(presunción de inocencia), sería considerablemente crítico cancelar un contrato de patrocinio solamente por el inicio de un procedimiento de dopaje, esto es antes de que haya devenido ejecutable una sanción”.

COMENTARIOS: El TAS se limita a citar la presunción de inocencia en lo relativo a la ruptura contractual que, según el perjudicado, es contraria a derecho. El tribunal reconoce que esta ruptura es cuando menos cuestionable, citando que bajo la ley suiza (sin más especificación) y a la vista del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 6 II, sería crítico cancelar un contrato de patrocinio “*solamente por la iniciación de un procedimiento de dopaje, esto es antes de que haya devenido exigible una sanción*”. El citado artículo reza así:

*“2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”.*¹⁶⁴

En cuanto al derecho suizo, pese a que el laudo no especifica a qué norma se refiere en concreto, entendemos que se trata de la Ley Suiza de Procedimiento Criminal del 5 Octubre de 2007 que, como ya hemos citado, en su artículo 10 establece que toda persona se presume inocente hasta que haya sido condenada en sentencia firme y definitiva.

Así pues en este supuesto el TAS reconoce no sólo la validez de dicho Convenio Europeo como fuente del derecho que aplica, sino que recurre a su norma procedimental penal, para, en aplicación de la presunción de inocencia, rechazar una finalización del contrato fundamentada únicamente en el inicio de un procedimiento sancionador por dopaje.

Como vemos, este supuesto también se enmarca en la cuestión del alcance temporal de la presunción de inocencia a la que nos hemos referido al tratar del

¹⁶³ European Convention on Human Rights (Convención Europea de los derechos humanos).

¹⁶⁴ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma 4-11-1950.

derecho suizo y del derecho europeo. Recordemos que decíamos que la postura jurisprudencial mayoritaria en España no considera que dicho derecho nazca verdaderamente hasta el momento de juicio, pero, en cambio, citábamos el Libro Verde para el cual:

“El acusado debe ser tratado como si no hubiera cometido ninguna infracción hasta que el Estado, a través de las autoridades responsables del ejercicio de la acción penal, presente pruebas suficientes para que un tribunal independiente e imparcial lo declare culpable”.

En este contexto, en esta concepción de la presunción de inocencia que hace patente el Libro Verde, es donde nos parece tiene mejor encaje la resolución del TAS, pues ciertamente de aceptarse la sanción por el mero *“inicio de un procedimiento de dopaje”*, estaría anticipándose la pena final, vulnerando la presunción de inocencia en esa visión amplia de la misma.

ASUNTO: Arbitraje CAS 95/141 L./Fédération Internationale de Natation Amateur (FINA), laudo del 22 Abril 1996.

SINTESIS: En 1995, al finalizar una prueba de natación de larga distancia, la nadadora “C” fue sometida a un control que reveló la presencia de etilefrina. La nadadora alegó ante la Federación Francesa de Natación (en adelante FFN) que alrededor de treinta minutos antes de la carrera perdía todo control de su entorno y que dependía de la persona que le facilitaba el reavituallamiento. El mismo día, su entrenador reconoció haberle suministrado accidentalmente, en el reavituallamiento, una cápsula de “effortil”.

El organismo disciplinario de la FFN consideró que no era posible imputar a la atleta por tomar voluntariamente la sustancia y renunció a sancionarle. La FINA acordó la suspensión de la atleta por dos años, y el TAS aceptó parcialmente la apelación, aplicando el principio de proporcionalidad y, además, al considerar excesivo el período de sanción impuesta por dos años, acordó reducirlo al ya

transcurrido entre el 28 de enero de 1995, fecha de la infracción, y 12 de Marzo de 1996.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“17. Se señaló anteriormente que el hecho de dejar la carga de la prueba a la autoridad deportiva competente entrañaría una gran inseguridad jurídica. Asimismo, el panel considera, en general que el principio de la presunción de culpa del atleta puede mantenerse, pero por el contrario, que el atleta ha de tener la oportunidad de revertir esta presunción aportando una prueba exculpatoria. El atleta será por tanto autorizado a demostrar que no ha cometido falta sea intencional o por negligencia. (sobre esta cuestión, v. Denis OSWALD, en FISA Info No 6, diciembre 1995, p. 2-3).

En la opinión del Panel, para poder revertir a satisfacción la presunción de culpabilidad de un atleta que se ha sometido a un control antidopaje positivo, es imperativo que proporcione una contraprueba que permita establecer con casi certeza que no ha cometido falta.

A este respecto, los simples indicios, tales como aquellos generados por la instrucción de la causa, no serían suficiente. Conviene, en efecto, poner exigencias severas en cuanto a la apreciación de esta prueba exoneratoria, bajo pena de comprometer la eficacia de la lucha contra el dopaje.

29. Aun así, a la vista de los elementos del dossier, el Tribunal considera que la sanción dictada contra el apelante no es proporcionada a las circunstancias de la causa. En efecto, los diferentes testimonios revelan unánimemente la excelente moralidad y el comportamiento ejemplar de C. en general. Es más, a los ojos del Panel, las circunstancias particulares del presente asunto y, notablemente, el oscuro comportamiento de P. – que curiosamente no ha sido objeto de sanción alguna de la FINA, a pesar del art- 4.17.6 MED – atenúan igualmente la falta del apelante.

30. A la vista de lo antedicho en aplicación del principio de proporcionalidad, el Panel considera que la falta del apelante no es suficientemente grave como para entrañar una suspensión de años y que la sanción experimentada hasta el día de la

audiencia, sea del 28 de enero de 1995 hasta el 12 de Marzo de 1996, corresponde a la culpabilidad del apelante y es por lo tanto suficiente”.

COMENTARIOS: El laudo mantiene la sanción del atleta pese a que un tercero se atribuye la causa de la ingestión de la sustancia prohibida. Se mantiene la presunción de culpabilidad que se aplica cuando el control antidopaje da positivo, porque, se dice, si la autoridad deportiva tuviera la carga de la prueba, entrañaría gran inseguridad jurídica. Nos parece un argumento francamente débil, porque no se ha desarrollado en qué medida y, sobre todo, por qué razones, esa asignación de la carga de la prueba genera inseguridad jurídica. Si es que lo que subyace en tal afirmación es la dificultad probatoria, no se alcanza a comprender por qué no se ve inseguridad jurídica en lo contrario, es decir en asignar la carga de prueba al atleta. Como veremos más adelante, lo que dirá el TAS es que la falta de medios sería la que hace imposible la carga de la prueba sobre la autoridad sancionadora.

En realidad lo que hace el panel es, aún admitiendo que puede haber prueba de circunstancias exculpatorias, afirmar que es necesario ser exigente con tal clase de pruebas pues de otro modo se comprometería la lucha contra el dopaje, argumento que, como veremos, se va a reiterar en laudos posteriores con mayor desarrollo del argumento.

No obstante, el Tribunal aplicará el principio de proporcionalidad, atendiendo a la culpa del atleta, dadas las circunstancias peculiares del caso, en particular teniendo en cuenta la admisión por un tercero de ser el causante de la ingestión de la sustancia.

ASUNTO: Arbitraje CAS 98/208 N., J., Y., W./Fédération Internationale de Natation (FINA), laudo del 22 Diciembre 1998.

SINTESIS: El 24 Julio 1998, los Apelantes, N., J., Y., W., todos ellos miembros del equipo de natación chino sub 20, fueron suspendidos por dos años (“la decisión”) por

el panel de Dopaje del Apelado, la FINA, porque dieron positivo de Triamterene en un control dopaje no anunciado que se llevó a cabo el 8 enero de 1998.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“12. El panel no tiene dudas de que la carga de la prueba recae sobre FINA para establecer que se ha cometido una infracción. Esto resulta del texto de las normas del control de dopaje así como de los principios generales del código civil suizo (artículo ocho). La presunción de inocencia opera a favor de los apelantes hasta que FINA se libere de esa carga.

15.- Desde el punto de vista del Panel, la presencia en el fluido corporal de un competidor de una sustancia prohibida es lo que constituye la infracción bajo en Código de Dopaje FINA, independientemente de si el competidor pretendía o no ingerir la sustancia prohibida (si el Código de Dopaje FINA se consideraría compatible con los principios generales de derecho en tanto que pretenden impedir a un competidor establecer su inocencia mostrando concluyentemente de una sustancia prohibida en su fluido corporal fue el producto de una ingestión que no fue ni intencional ni negligente, p.e. cuando a una bebida se le añade una droga por un competidor rival, no es una cuestión que deba decidirse en este caso).

Si la presencia de una sustancia prohibida se establece al alto grado de satisfacción requerido por la gravedad de la alegación, entonces la carga se traslada al competidor para probar por qué, en el caso de un diurético, no debería imponerse la sanción máxima. El panel reitera que bajo las nuevas normas FINA es solamente al nivel de sanción, no al de encontrarlo inocente o culpable, cuando el concepto de traslado de la carga (de la prueba) resulta relevante. Y es solamente en esta coyuntura también en que las cuestiones de intención resultan relevantes”.

COMENTARIOS: El TAS realiza una referencia explícita a la presunción de inocencia pero afirma que sólo se puede mantener hasta tanto se acredite la presencia en el fluido corporal de un competidor de la sustancia prohibida, y descarta todo examen de la intencionalidad o negligencia, por considerar que no deben ser tenidas

en cuenta en el caso. A la vez el panel traslada, por así decirlo, la cuestión de la intencionalidad del terreno de la inocencia o culpabilidad al terreno de la sanción.

Dicho de otro modo, el criterio del TAS es que, establecida la presencia de sustancia prohibida, debe sancionarse, ya no cabe hablar de inocencia, y que solamente a efectos de la sanción, suponemos que de la gradación de la misma (aunque no utiliza ese término), será cuando deba tenerse en cuenta la intencionalidad o no del deportista.

ASUNTO: Arbitraje CAS 98/214 Fédération Internationale de Judo (FIJ), laudo del 17 de Marzo de 1999.

SINTESIS: Una judoca de la Federación Francesa fue objeto de un control antidopaje a petición del Ministerio Francés de la Juventud y los Deportes, cuando se entrenaba para los campeonatos del mundo. En la muestra se encontró metabolitos de nandrolona. La judoca acudió a la jurisdicción civil y penal, solicitando nuevos análisis y alegando violación de secreto profesional. La atleta alegaba también la posible producción endógena, en lugar del consumo de sustancias prohibidas. En pruebas posteriores los expertos concluyeron que la atleta no había podido demostrar el vínculo causal entre la anomalía consistente en su alta producción de testosterona (endógena) y que la tasa de nandrolona resultara diez veces superior a la norma. La comisión antidopaje de la Federación de Judo mantuvo que se había cometido infracción pero en atención a su pasado ejemplar y personalidad, redujo la sanción de dos años a uno.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“8. Según la jurisprudencia del TAS, es imperativo que las federaciones deportivas internacionales tengan la posibilidad de revisar las decisiones de las federaciones nacionales en los casos de dopaje. El poder así conferido a la federación internacional tiene notablemente por objeto prevenir el riesgo de que la competición internacional sea falseada, en la hipótesis en que una federación nacional no

sancionaría o sancionaría de manera demasiado clemente a uno de sus miembros, para poderle permitir participar en una prueba importante (TAS 96/156, F.c. FINA, 10 Octubre 1997)

16.- Estas disposiciones establecen el principio según el cual el atleta es responsable de la presencia de productos dopantes en su organismo. Todo atleta se beneficia de la presunción de inocencia hasta que se establece la presencia de una sustancia prohibida en su organismo. La prueba de esta presencia incumbe a la organización deportiva, que no tiene necesidad de probar una intención de doparse por parte del atleta. Esta intención y la culpabilidad del deportista se presumen desde que se aporta la prueba de la presencia de la sustancia prohibida. La atleta puede revocar esta presunción de culpabilidad demostrando que no se trata de un caso de dopaje y que es inocente. Esta prueba le incumbe”.

La jurisprudencia del TAS ha tenido la ocasión de aprobar esta cascada de presunciones.

... Esta sanción interviene por equidad deportiva hacia los otros atletas que han participado en la competición, que el atleta sea o no inocente de caso de dopaje”.

COMENTARIOS: Hemos citado parte del párrafo 8 por cuanto, pese a no ser una referencia directa a la presunción de inocencia, constituye una interesante justificación de la necesidad de mantener en manos de las federaciones internacionales la revisión de decisiones de federaciones nacionales. En efecto, no parece difícil imaginar que la posibilidad que se apunta en cuanto a la excesiva tolerancia con un atleta nacional, por parte de su propia federación, puede ser un riesgo cierto de que se produzca un falseamiento de la competición internacional, y no sólo en países más o menos dictatoriales, sino también en regímenes plenamente democráticos, pero donde la visión nacionalista prevalezca sobre el interés de la igualdad en la competición internacional. Es más, este riesgo no se produce sólo en los supuestos de sanciones sino, por ejemplo, en los de admisión de naturalizados, siendo bastante evidente que sólo la federación internacional puede poner coto a los intereses federativos demasiado influidos por la pertenencia a un estado.

La afirmación de que la presunción de inocencia beneficia al atleta hasta que se establece la presencia de una sustancia prohibida, nos parece débilmente argumentada porque, es obvio, si no hay nada sancionable, y nada hay hasta que se establece la presencia de la sustancia, no hay presunción alguna de inocencia que tener en cuenta, y citarla siquiera es superfluo, salvo que se hubiera querido decir que, a los efectos de imponer medidas cautelares, se aplica tal presunción durante el proceso que conduce a probar la presencia o no de la sustancia, pero eso no lo dice el laudo.

ASUNTO: Arbitraje CAS 98/211 B./Fédération Internationale de Natation (FINA), laudo del 7 Junio 1999.

SINTESIS: El 6 de Agosto de 1998, el Apelante, B., fue suspendido por un período de cuatro años (la decisión), por FINA. Se consideró que B había cometido una infracción bajo la Regla DC 1.2 (b) de FINA relativa a *“un competidor [el cual] utiliza o se aprovecha de un procedimiento prohibido”* y bajo la Regla DC 3.1 (b) FINA prohibiendo *“usar sustancias y métodos que alteren la integridad y la validez de las muestras de orina utilizadas en control de dopaje”*.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“25.- El panel no tiene dudas de que la carga de la prueba recae sobre FINA para establecer que se ha cometido una infracción. Esto resulta del lenguaje de las normas del control de dopaje así como de los principios generales del código civil suizo (artículo ocho). La presunción de inocencia opera a favor de los apelantes hasta que FINA se libere de esa carga.

26.- El estándar de prueba requerida por la federación es alta: menos que el estándar penal pero más que el estándar civil ordinario.... Adoptar un estándar penal (en todos los casos, cuando el cargo disciplinario no es una ofensa criminal) es confundir el derecho público del estado con el derecho privado de una asociación. (véase CAS 98/208).

27.- *El panel acepta asimismo que, en tanto la alegación de manipulación incluye un elemento de mens rea y atribuye deshonestidad a un atleta (en tanto que otras infracciones de dopaje puede ser de responsabilidad objetiva), tal alegación revela un alto grado de gravedad”.*

COMENTARIOS: En cuanto al primer párrafo, numerado 25, es una repetición del mismo texto que en el laudo anterior, esto es el laudo dictado en CAS 98/208 N.

Sin embargo, tienen gran interés, a nuestro juicio, los dos párrafos siguientes que hemos citado. En cuanto al 26, porque deja claramente sentado el criterio de que no cabe aplicar los estándares de derecho penal, en tanto que derecho público del Estado, en un supuesto en el que se trata de aplicar el derecho sancionador de una entidad privada.

En lo que respecta al número 27, es relevante por cuanto hace referencia a un concepto jurídico típico del derecho anglosajón, y que no se enuncia así en derecho español, que es el de *mens rea*. Se trata de una cita del aforismo latino “*actus non facit reum nisi mens sit rea*” lo cual puede traducirse por “*el acto no hace que la persona sea culpable a menos que la mente también sea culpable*”.

Es en efecto típico del derecho anglosajón que para que se constituya la prueba estándar, que sería lo que entendemos como prueba suficiente en nuestro derecho, se hace necesario que para cometer un delito el *actus reus* debe estar acompañado de un cierto grado de *mens rea*. Dicho de otro modo, que no basta el acto delictivo en sí, sino que se precisa cierta conciencia del delito, o más bien, diríamos nosotros, conciencia por el sujeto de la antijuricidad de su conducta.

No pretendemos profundizar en estos aspectos típicos del derecho anglosajón, pero nos parece una aportación interesante en la medida en que el TAS considera una distinción importante entre los actos de infracción de dopaje, que califica de responsabilidad objetiva, y los actos de manipulación, que exigen conciencia del acto, o *mens rea*.

Esta distinción, que nos parece muy relevante, implica a nuestro juicio introducir un importante factor corrector a la responsabilidad objetiva, pues el TAS distingue los casos en los que cabe exigir conciencia del acto de aquellos otros que no la exigen, lo cual se acerca más a nuestro concepto de “mera inobservancia” al que me refería en el marco teórico.

ASUNTO: Arbitraje CAS 98/222 B./International Triathlon Union (ITU), laudo del 9 Agosto 1999.

SINTESIS: En Junio de 1998, el Apelante participó en el “Powerman Long Distance World Championships 1998”¹⁶⁵ en Zofingen, Suiza, y sometido a un control de dopaje inmediatamente después de la competición. El atleta fue sancionado aún y teniendo una muy baja concentración de nandrolona, pero el estado de la ciencia había probado recientemente que el organismo humano puede producir dicha sustancia de forma endógena, sin ingerirla. Estos descubrimientos crearon una “zona gris” de concentración de sustancia en la que es imposible determinar si la concentración es por razones exógenas o endógenas.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“1.- Las bajas concentraciones de metabolitos de nandrolona no permiten concluir fehacientemente la ingestión de nandrolona. En otras palabras, parece estar más allá de la duda científica que cayendo tan bajas concentraciones dentro de lo que a menudo se cita como la “zona gris” (esto es concentraciones entre 2,0 y 5,0 ng/ml), pueden también ser el resultado de producción endógena del cuerpo humano. Cuando la concentración de nandrolona cae dentro de la “zona gris”, la probabilidad de que la nandrolona se produzca endógenamente, decrece exponencialmente dentro de los límites de la “zona gris”.

2.- La norma de responsabilidad objetiva es esencial e indispensable para una lucha eficiente contra el dopaje en el deporte y por la protección de la justicia hacia todos los competidores, y de su salud y bienestar. El principio de la regla de

¹⁶⁵ Competición de duatlón consistente en carrera a pie de 10 km y ciclista de 150 km.

responsabilidad objetiva no exime a las federaciones de probar la existencia de una infracción de dopaje. El efecto de cualquier norma legal imponiendo la responsabilidad objetiva es meramente hacer obsoleta la prueba de culpabilidad de parte de la persona sujeta al régimen de responsabilidad objetiva, mientras que por otro lado tal norma no elimina la necesidad de establecer el hecho ilícito en sí mismo y el vínculo causal entre el hecho ilícito y sus consecuencias.

3.- El impacto legal de la “zona gris” debería reflejarse en una norma que, en tales casos, el organismo sancionador no pueda ya depender de la presunción legal de que la presencia de una sustancia prohibida es la consecuencia de una aplicación externa, sino que debería proporcionar evidencia adicional apoyando esta presunción o, al menos, excluyendo cualesquiera otras causas.

25. En otras palabras si –por razones prácticas relativas a la exigibilidad- el organismo regulador elige penalizar una consecuencia (la presencia de sustancias prohibidas) en lugar de un hecho ilícito en sí mismo (la aplicación de tales sustancias) el vínculo causal entre este último y el anterior debe ser absolutamente claro e indiscutible.

26. En Derecho civil (de daños) no hay presunción general de vínculo causal entre un hecho ilícito y sus consecuencias. Incluso en casos de responsabilidad objetiva, donde no se requiere prueba de culpabilidad, el vínculo causal entre el último y el primero aún persiste como una cuestión a ser probada por la parte que invoque tal responsabilidad. Teniendo en mente el específico carácter disciplinario (“quasi-penal”) de las investigaciones y sanciones antidoping, parece difícilmente aceptable interpretar la norma de responsabilidad objetiva contra la persona sometida a tal responsabilidad incluso más severamente que en derecho civil en el que tal concepto tiene su raíz. La existencia de un vínculo causal entre un hecho ilícito y su consecuencia por tanto permanece como un asunto que deber ser probado por la parte cuyos argumentos se basan en tal consecuencia.

41. Hay, sin embargo, otra razón por la cual debería considerarse suficiente un menor grado de prueba por parte del atleta en casos que caen en la “zona gris”. Concretamente debería tenerse en cuenta las diferencias entre el derecho civil (de

responsabilidad) por un lado y procedimientos quasi-penales y disciplinarios por otro.

42. En Derecho civil (de responsabilidad) la carga de la prueba es inequívoca y un arma de doble filo que causa el efecto de revertir el caso contra la parte que fracasa en facilitar la prueba requerida. Esto es cierto tanto en casos en que la carga de la prueba está “equilibrada”, esto es compartida entre ambas partes, y en casos en que tal carga está redistribuida a través de una presunción legal liberando a una de las partes de una prueba particular y desplazándolo a la otra parte.

43.- La situación en procedimientos “quasi-penales”, como los de dopaje en el deporte, deberían, por otro lado, ser considerados diferentemente, entre otras razones debido al principio “in dubio pro reo”, esto es el beneficio de la duda, que en sí mismo es una emanación de uno de las más importantes presunciones legales, la presunción de inocencia, profundamente consagrada en los principios generales de la ley y la justicia. Este principio tiene el efecto de que en procedimientos criminales y similares, las dos partes no soportan igual carga de la prueba: mientras que la parte acusadora debe probar los hechos alegados con certeza, es suficiente para el acusado establecer razones para la duda.

44. A pesar de los muy importantes requisitos de una eficiente lucha contra el dopaje y las prácticas injustas en el deporte, estos requisitos no pueden prevalecer sobre la garantía básica, legal y procedimental, que la regla de in dubio pro reo ofrece a un acusado. Mientras, por otro lado, es apropiado establecer normas para sancionar eficientemente infracciones allí donde la ciencia médica y la experiencia no permiten una duda razonable respecto a la causa real de la presencia de sustancias prohibidas, debería tenerse en cuenta, por otro lado, que el principio in dubio pro reo no es contrario al espíritu de los documentos de la Comisión Médica del IOC dirigidos a aquellos que aplican el Código Médico.

52. La conclusión de este panel es que el Apelante ha establecido al menos una posibilidad de que las concentraciones de metabolitos de nandrolona hallados en su orina tras la competición de Zofingen del 7 de Junio de 1988 eran el resultado de una producción endógena de su cuerpo. Aunque es claro que el Apelante fue incapaz

de probar con certeza tal producción endógena, la evidencia facilitada puede ser considerada suficiente para crear una duda razonable respecto a la aplicación externa. En línea con el razonamiento legal relativo al impacto legal de la “zona gris” desarrollado antes en este laudo, la evidencia que conduce a la duda razonable debería – en ausencia de otra evidencia- ser suficiente para conceder al Apelante el beneficio de la duda”.

COMENTARIOS: El laudo contiene pronunciamientos de sumo interés para la cuestión de la presunción de inocencia, para cuya comprensión en contexto hemos estimado necesario citarlo de modo extenso.

Destacamos en particular que en el apartado 25 no se discute por el panel el derecho del sancionador a sancionar una consecuencia, un resultado, pero, al propio tiempo afirma que si se ha escogido hacer esto, es decir si se ha decidido sancionar el resultado en lugar de la conducta, entonces el vínculo causal entre resultado y conducta debe estar absolutamente claro e indiscutible. Como veremos después, no es que exija prueba de ese vínculo causal, sino que, y ello no es menos importante, lo que concluye el panel es que bastará con que tal vínculo causal pueda ser situado bajo el ámbito de la duda razonable, para, en aplicación del “*in dubio pro reo*”, concluir con la no imposición de sanción.

Es decir, el panel no exige la prueba de culpabilidad, ni siquiera exige la prueba de “no” culpabilidad, pues admite la sanción por responsabilidad objetiva, pero salva la presunción de inocencia, en su forma de “*in dubio pro reo*”, en base a exigir al sancionador que no exista duda razonable del vínculo entre el hecho sancionable y la conducta que se presume lo ha causado.

En otras palabras si –por razones prácticas relativas a la exigibilidad- el organismo regulador elige penalizar una consecuencia (la presencia de sustancias prohibidas) en lugar de (penalizar) un hecho ilícito en sí mismo (el uso de tales sustancias) el vínculo causal entre este último y el anterior debe ser absolutamente claro e indiscutible.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2000/A/281 H./Fédération Internationale de Motocyclisme (FIM), laudo del 22 Diciembre 2000.

SINTESIS: El apelante, uno de los mejores corredores de Superbike del mundo, tomó parte en el campeonato mundial organizado por la apelada Fédération Internationale de Motocyclisme (Federación Internacional de Motociclismo), en adelante “FIM”. constituida bajo las leyes Suizas.

A principios del año 2000 el corredor empezó a utilizar el producto “Thermogen” para ayudar en sus esfuerzos para perder peso. Obtuvo el producto de su entrenador personal quien le aconsejó tomar una pastilla cada dos días, y el corredor lo utilizó regularmente hasta los entrenamientos de Marzo, en Valencia, España.

Según el prospecto, “Thermogen” es un suplemento dietético que consiste principalmente en cafeína y la sustancia herbal Mahuang, a su vez un extracto de la planta china ephedra, por lo que contiene ephedrina 95.

El 2-4-2000 participó en una competición en Sudáfrica, en Kyalami, consistente en dos carreras, ambas puntuables para el campeonato mundial. Tras la segunda carrera se sometió a un test de dopaje, y la muestra de orina se obtuvo en dos tomas, por ser la primera insuficiente. El umbral de tolerancia es de 0.3 µg/ml. resultando en la primera prueba una concentración de 12.4 µg/ml y en la segunda de 13.4 µg/ml. Las muestras fueron analizadas por distintos laboratorios.

El corredor fue convocado a una audiencia por el “International Disciplinary Court” (CDI) del FIM, en Hockenheim, Alemania, el 23-5-2000, fijándose la audiencia a sólo quince minutos antes del inicio de la carrera de la misma competición que tenía lugar allí. El corredor fue descalificado de las dos pruebas de Kyalami, y suspendido por un mes, sanción luego reducida a tres semanas.

En su apelación, el corredor alegó entre otros extremos que no se podía probar la integridad de la muestra de orina, que no se repartieron ambas muestras, que por razones lingüísticas no había entendido el proceso de toma de muestras, que no había tenido un procedimiento justo toda vez que se había fijado la vista a sólo quince minutos antes de una carrera, que las muestras no se habían cerrado y remitido correctamente, que la sustancia es una hierba y no incluida en la lista de sustancias

dopantes, y que el organismo sancionador no había cumplido con la carga de la prueba respecto a que esta sustancia supusiera incremento de rendimiento, y otros varios extremos procedimentales que se alegaban incorrectos.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“13. Sin duda alguna, la carga de la prueba de que se ha cometido una infracción de dopaje recae en la federación. Esto procede de la norma general de que la carga de la prueba incumbe a la persona que alega la culpabilidad de (CAS 91/56, S. v/ FEI¹⁶⁶, CAS Digest, p. 93, 95). La presunción de inocencia opera en favor del atleta hasta que la federación pruebe que se ha cometido una infracción de dopaje.

17. El panel deja abierta la cuestión de si un resultado positivo de un test constituye solamente “prima facie” evidencia de que se ha cometido una infracción de dopaje, si constituye una presunción rebatible o si causa una inversión completa de la carga de la prueba.

18. El panel señala que en principio los altos objetivos y las necesidades prácticas de la lucha contra el dopaje justifican ampliamente la aplicación del estándar de responsabilidad objetiva (CAS 94/129 USA Shooting & Q. v/ UIT, CAS Digest, p. 187, 194). Si las federaciones tuvieran que establecer siempre la naturaleza intencional del acto, la lucha contra el dopaje devendría prácticamente imposible (CAS r C. v/ FINA, CAS Digest, p. 215, 220). Por otra parte y tomando en consideración la seriedad de la alegación y las graves consecuencias, el atleta necesita tener la posibilidad de exonerarse (CAS 95/141 C. v/ FINA, CAS Digest, p. 215, 221). Esto se requiere de conformidad con principios generales del derecho y de derechos humanos del atleta acusado incluso si las normas federativas no lo prevén explícitamente. El atleta puede por ejemplo presentar evidencia de que la presencia de la sustancia prohibida es el resultado de un acto doloso de una tercera persona, o que la validez del resultado de los análisis ha sido dañado por defectos procedimentales (CAS 91/56 S. v/ FEI, CAS Digest, p. 93, 97; CAS 92/63 G. v/ FEI, CAS Digest, p. 115, 121; CAS 92/73 N. v/ FEI, CAS Digest, p. 153, 157). De otra parte, incluso la prescripción médica por un doctor no es excusa (CAS 92/73 N. v/ FEI, CAS Digest, p. 153, 158)”.

¹⁶⁶ Federación Ecuatrina Internacional

COMENTARIOS: El interés de este laudo radica en la forma en que se refiere a la presunción de inocencia y su aplicabilidad. Dado que el panel mantiene, como ya había afirmado en otros precedentes, que para la lucha contra el dopaje es imprescindible mantener un criterio de responsabilidad objetiva equivalente a la mera presencia de la sustancia, prescindiendo de elementos intencionales, lo que hace en particular en este laudo es, sin embargo, afianzar de algún modo la presunción de inocencia permitiendo unos cauces específicos de aplicación de la misma, como son el que cita cuando hace una referencia explícita a la posible actuación maliciosa de terceros, con lo que de algún modo quiebra por tanto con aquella responsabilidad objetiva que podríamos calificar de “absoluta” cual sería el supuesto de que se aplicara siempre y en toda circunstancia por la mera presencia de la sustancia en el cuerpo del atleta.

Es decir, no llega al extremo de formular la presunción de inocencia como sería el caso en el orden penal en que la carga de la prueba recae exclusivamente sobre el acusador, pero, en cambio, declara que corresponde la prueba a quien acusa y, lo que es más importante, sostiene que si el acusado puede probar la actuación maliciosa de un tercero, entonces queda exonerado de responsabilidad.

De modo similar ocurre con la referencia a una deficiente práctica de la prueba. Aquí, a nuestro entender, se acerca más a la presunción de inocencia en el ámbito penal, puesto que dado que, verificada la sustancia, al atleta se le impone la carga de probar que ha sido un tercero el culpable por ejemplo (aunque no acepta la receta médica como causa de exculpación), a la vez se impone al acusador una pureza de procedimiento de estándar alto, en un intento, a mi juicio, de equilibrar el derecho a la presunción de inocencia con el, así declarado, alto objetivo de lucha contra el dopaje.

ASUNTO: Arbitraje CAS ad hoc Division (O.G. Sidney) 00/002 Samoa NOC y Sports Federation Inc. / International Weightlifting Federation (IWF), laudo del 12 Septiembre 2000.

SINTESIS: El atleta Ofisa competía en levantamiento de peso para la Federación de Samoa, Samoan Weightlifting Federation (Federación Samoana de Levantamiento de

Peso), en adelante “SWF”, y ganó tres medallas de oro en la competición del Pacífico Sur celebrada en Nauru el año 2000. Posteriormente fue acusado de haber tenido relaciones sexuales con una menor de edad, y suspendido por la SWF. Asimismo, la federación internacional IWF adoptó la decisión de la SWF y la extendió a los juegos olímpicos de Sidney.

En Septiembre de 2000 el Tribunal Supremo de Samoa ordenó el levantamiento de la suspensión. El Tribunal consideró que puesto que la decisión de SWF había sido suspendida por un Tribunal, y que la consecuentemente adoptada por IWF se basaba únicamente en la de la SWF, debía también dejarse sin efecto.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“9.- Aunque los pronunciamientos del juzgado de Samoa no vinculan directamente a la IWF, indirectamente le afectan, puesto que si la decisión de la SFW se deja sin efecto, los fundamentos de la decisión de la IWF se eliminan. La decisión de la IWF requería de la decisión de la SWF para su validez: el Tribunal de Samoa ha decidido que no debe ser tratada como válida. Tal decisión que el IWF pretendió adoptar (y adoptó) no tiene ya ningún peso legal.

10. La decisión del IWF no se sustenta en ningún otro motivo. En consecuencia entendemos que la decisión del IWF debe dejarse sin efecto. El IWF no ha hecho un examen independiente de las alegaciones contra Ofisa o ha llegado a ninguna conclusión sobre ellas independientemente del SWF.

11. Para evitar dudas, nuestra decisión no debe tomarse como un precedente en caso de que un atleta sea válidamente suspendido por una IF (Federación Internacional): ni debería entenderse como confirmación de que un atleta puede participar en Juegos Olímpicos cuando él/ella es culpable de graves delitos sexuales o de otro tipo. Sin embargo Ofisa tiene derecho, en juicio, a la presunción de inocencia. Otros Tribunales distintos del CAS pueden tener que decidir de conformidad con las reglas apropiadas y los principios que gobiernen su jurisdicción, si las alegaciones contra él tienen fundamento o no”.

COMENTARIOS: El interés de este laudo radica en la aclaración de algo que, por otra parte, resulta bastante obvio, a saber: si la sanción de la federación internacional se sustenta únicamente en la sanción de la nacional, sin investigación separada, y resulta que la federación nacional deja sin efecto la sanción por decisión judicial, entonces la sanción de la federación internacional debe dejarse también sin efecto en aplicación del principio de presunción de inocencia. Dicho de otro modo, el principio de presunción de inocencia que ampara al atleta en su vida privada, como ciudadano, “contagia” esa presunción también al ámbito deportivo si es que en éste no existe una regulación específica sancionadora.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2001/A/317 A./ Fédération Internationale de Lutttes Associées (FILA), laudo del 9 Julio 2001.

SINTESIS: El atleta participó en los XXVII Juegos Olímpicos, en Sidney, en lucha grecorromana, categoría de 85 kg quedando clasificado cuarto en la competición que tuvo lugar el 27-9-2000. A continuación se le sometió a un control de dopaje, y la muestra A dio como resultado que la concentración de norandrostrerona era más del doble del umbral establecido por la COI. Por decisión del Comité Ejecutivo del COI de 1-10-2000, fue descalificado por consumo de sustancias prohibidas y excluido de los Juegos Olímpicos, decisión que el atleta no recurrió.

A petición de su delegación nacional se procedió al test de la muestra B el 3-10-2000, en la que no estuvo presente ningún miembro de la delegación. El resultado de esta muestra confirmó el del A.

El juez deportivo de la Fédération Internationale de Lutttes Associées (Federación Internacional de Luchas Asociadas), en adelante “FILA” suspendió al atleta de toda competición de lucha nacional e internacional por un período de 2 años y tanto el atleta como su federación nacional de lucha recurrieron sin éxito en las instancias internas del FILA.

Durante un período de varios meses antes de las olimpiadas de Sidney el atleta había tomado de 8 a 10 diferentes suplementos nutricionales y vitamínicos según el

programa desarrollado por su patrocinador, un mayorista sueco de productos de salud. A lo largo de ese período se sometió a muchos controles de dopaje que siempre resultaron negativos.

Aproximadamente cinco o seis semanas antes los juegos olímpicos de Sidney empezó a tomar seis tabletas diarias de Pyrovate 500, un suplemento nutricional fabricado por la compañía estadounidense Pinnacle y el atleta no pasó ningún test antidopaje hasta el positivo en los juegos olímpicos.

Cuando ya estaba en Australia en un campo de entrenamiento supo que otro atleta, un levantador de pesas, había dado positivo por nandrolona y que se sospechaba de los suplementos alimenticios, por lo cual comprobó el etiquetaje del producto que consumía y no mostraba ninguna de estas sustancias.

Sin embargo, una vez dio positivo la prueba de doping se hizo comprobar el Pyrovate en un laboratorio acreditado de la ciudad de Colonia y se puso de manifiesto la existencia de esteroides anabolizantes que no figuraban en la etiqueta.

En enero del 2001 el atleta presentó una petición de arbitraje ante el TAS contra la decisión del juez de FILA.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“26.- Como observación preliminar el panel quiere clarificar que las relaciones legales entre un atleta y la Federación son de naturaleza civil y no permiten la aplicación de principios del derecho penal. Esto es particularmente cierto para los principios de in dubio pro reo y nulla poena sine culpa¹⁶⁷ y la presunción de inocencia tal como viene consagrada en el artículo 6 ECHR (Tribunal Federal Suizo, ASA Bull. 1993, p. 398, 409 et seq. [G. v/ FEI] y sentencia del Tribunal Federal Suizo de 31Marzo, 1999 [5P. 83/1999], unreported, p. 12; véase también

¹⁶⁷ locución latina, que puede traducirse al español como "no hay pena sin culpa", que supone que nadie puede ser condenado por un delito si no existe dolo o, al menos culpa, en la acción antijurídica que causó un daño.

BADDELEY M., *op. cit.*, p. 220; SCHERRER U., in: FRITZWEILER J. (ed), *Doping-Sanktionen, Beweise, Ansprüche, Bern et al.* 2000, p. 119, 127).

33. *Habiendo establecido un principio de que la suspensión de un atleta por una infracción de dopaje requiere culpa de su parte, en opinión del panel esto no significa que la federación tenga que presentar prueba completa de cada elemento de la infracción, como es necesario respecto a un asunto penal en el que la presunción de inocencia opera en favor del acusado. No cabe duda de que la federación tiene que establecer y – si se discute- probar, los elementos objetivos de la infracción, en particular, por ejemplo, que la muestra se tomó de modo apropiado, tuvo una completa cadena de custodia de la muestra en su trayecto al laboratorio y que el análisis de la muestra fue realizado según el más reciente estado de la técnica. Así resulta de la regla general de que la persona que alega un hecho tiene la carga de la prueba (CAS 98/208 N., J., Y., W. v/ FINA, Digest II, p. 247; CAS 99/A/234 & CAS 99/A/235 M.M. & M. v/ FINA, laudo del Febrero 29, 2000, p. 14).*

34. *Ahora bien, se pondría un final definitivo a cualquier lucha significativa contra dopaje si a las federaciones se les exigiera que probaran los elementos subjetivos necesarios de la infracción, esto es la intencionalidad o la negligencia de parte del atleta (CAS 95/141 C. v/ FINA, Digest, p. 215, 220; CAS 98/214 B. v/ FIJ, Digest II, p. 318 et seq.). De hecho, puesto que ni la Federación ni el CAS tienen los medios para llevar a cabo su propia investigación como para compeler a los testigos a que provean evidencia, medios que están a disposición del fiscal o de la acusación pública en un procedimiento penal, sería demasiado fácil para un atleta negar cualquier intencionalidad o alegar negligencia y simplemente declarar que él/ella no tenía idea de cómo la sustancia prohibida llegó a su organismo (véase CAS 96/156 F. v/ FINA).*

35. *Por esta razón el panel entiende que, respecto a los elementos subjetivos de una infracción de dopaje, cuando sopesa los intereses de la Federación en combatir el dopaje y aquellos del atleta de no ser castigado sin culpa, la balanza se inclina a favor de la lucha contra dopaje. De hecho, el dopaje solamente ocurre en la esfera del atleta: él/ella tiene el control de su cuerpo, de lo que él/ella debe comer, de quien tiene acceso a su nutrición, de qué medicación toma, etc. En estas circunstancias es apropiado presumir que el atleta, conscientemente o al menos negligentemente, ha*

consumido la sustancia que ha llevado a que dé positivo en el test de dopaje (véase también: BADDELEY M., op. cit., p. 243; BELOFF M., Drugs, Laws y Versapaks, in O'LEARY J. (ed.), Drugs y Doping in Sport, London 2000, p. 39, 49; STEINER U., Doping aus verfassungsrechtlicher Sicht, in RÖHRICHT/VIEWEG (eds.), Doping Forum, Stuttgart et al. 2000, p. 125, 134; BADDELEY M., in: FRITZWEILER (ed.), op. cit., p. 9, 22).

36. Por tanto, si la Federación es capaz de establecer los elementos objetivos de una infracción de dopaje, hay una presunción de culpa contra el atleta.

37. El principio de presunción de culpa por parte del atleta no le deja, sin embargo, sin protección porque él/ella tienen derecho de rebatir la presunción, esto es de establecer que la presencia de la sustancia prohibida en su cuerpo no fue debido a ninguna intención o negligencia de su parte (CAS 95/141 C. v/ FINA, Digest, p. 215, 220 et seq.; CAS 98/214 B. v/ FIJ, Digest II, p. 319). El atleta puede por ejemplo presentar pruebas de que la presencia de sustancias prohibidas es el resultado de un acto malicioso por una tercera persona (CAS 91/56 S. v/ FEI, Digest, p. 93, 97; CAS 92/63 G. v/ FEI, Digest, p. 115, 121; CAS 92/73 N. v/FEI, Digest, p. 153, 157).

40..... en el presente caso, en el que ninguno de los elementos objetivos de la infracción se discuten, se presume que el apelante ha cometido la infracción intencional o negligentemente”.

COMENTARIOS: A nuestro entender el interés de este laudo radica en que por primera vez se habla muy explícitamente de una presunción de culpabilidad. Es cierto que el laudo aclara que los principios del derecho penal no son aplicables, al menos de forma plena, a la materia que nos ocupa, pero la novedad es que este laudo no se limita a fijar cómo se destruye la presunción de inocencia sino que cruza la línea, por así decirlo, y yendo más allá de la mera consideración de los derechos del atleta a tal presunción, establece por contra una presunción de culpabilidad que, eso sí, el atleta puede destruir aunque, como resulta de los propios ejemplos que cita el tribunal, las posibilidades son muy escasas.

La fundamentación teórica es muy clara: la lucha contra dopaje exige el establecimiento de este procedimiento de fijación de una presunción de culpabilidad,

en razón de que, ponderados los dos bienes jurídicos protegidos, esto es la presunción de inocencia y el valor que tiene la lucha contra dopaje, al panel le parecía más digno de protección este segundo, pero no porque le conceda un mayor valor conceptualmente, sino porque, estima el panel, este procedimiento es el único que permite establecer una lucha real contra dopaje. Dicho de otro modo, el panel viene a admitir que dada la falta de medios, la imposibilidad de obligar a las partes a responder a sus requerimientos, el impulso procesal que realmente se puede imponer, los medios que tiene en definitiva un órgano investigador criminal, como sería en España lo que ocurriría con el juez de instrucción o la fiscalía, la única opción posible para una lucha eficaz contra dopaje es crear esa ficción que llamamos presunción de culpabilidad, y que es el resultado de una cadena de hechos objetivos que, si se cumplen, conforman esa ficción, y así pues siempre que haya corrección formal, procedimental, en la toma de muestras, custodia de las mismas, análisis, y cualquier otro momento del procedimiento, y se detecte una sustancia prohibida, entonces se presume la culpabilidad y sólo le queda al atleta el recurso de probar la intervención maliciosa de terceros como única posibilidad real de defenderse.

Pensamos no obstante que el panel se excede cuando afirma el control del atleta sobre su propio cuerpo, puesto que es una idealización difícil de sostener.

Parece razonable afirmar que el atleta está sometido no sólo a un entorno de médicos, entrenadores, etc., que también se podría afirmar que él debe controlar, sino que la propia dinámica de la conducta de grandes empresas farmacéuticas, alimenticias, etc. nos llevan a afirmar que cualquiera de nosotros podemos estar consumiendo sustancias que en modo alguno consumiríamos si lo supiéramos.

No considero preciso presentar evidencia científica de lo que afirmo porque es notorio que cada año se producen escándalos de envenenamientos o consumo de sustancias que afectan al gran público, simplemente porque en la cadena alimenticia alguien ha introducido factores no permitidos o cuyos efectos perversos es conocida.

Por ejemplo, en Febrero de 2013 se conoció la noticia de que Nestlé había encontrado “trazas de carne de caballo” en lasaña marca Buitonni, y en Marzo de 2013 se supo también que se habían localizado “trazas de materia fecal” en productos

alimenticios de Ikea, siendo notorio que ambos productos los han podido consumir miles de personas. Si esas marcas, multinacionales conocidas, han tenido tales “fallos” de control de lo que producen, cabe preguntarse hasta qué punto es realista pretender que un atleta tenga control absoluto de lo que consume.

Por el contrario, creemos válido concluir que si lleváramos al extremo la responsabilidad del atleta por los productos ingeridos, entonces el atleta quedaría totalmente indefenso, pues igual que se le podrían haber encontrado trazas de carne de caballo o de material fecal consumidas por tales productos, quizá podría también haber ingerido inadvertidamente otras sustancias prohibidas, bastando para ello que estuvieran en un producto, como los dos ejemplos, de gran consumo y del que no cabe, razonablemente, recelar. Cuestión distinta sería si un atleta consume un suplemento, que puede comprenderse que hay que ver si en su composición contiene alguna sustancia no permitida, pero obviamente es lógico que al consumir algo al alcance de todo el público, no pueda exigirse al atleta tanta diligencia.

Nos permitimos pues afirmar en este punto que, en definitiva, y en la medida en que el atleta forma parte de la población en general, como tal se puede encontrar con que consuma un producto que contenga sustancias que no debiera contener, como ocurre constantemente por lo que, insistimos, absolutizar el argumento de que el atleta controla su propio cuerpo nos parece una idealización para pretender justificar la utilización de una presunción de culpabilidad.

ASUNTO. TAS 2001/A/340 Fédération Internationale de Gymnastique ¹⁶⁸(FIG) 19-3-2002.

SINTESIS: Tras el Campeonato de Europa de Gimnasia rítmica que tuvo lugar en Zaragoza el 1-6-2000, se constató por los representantes de la UEG¹⁶⁹ la existencia de numerosas desviaciones en la puntuación por los jueces, con un uso abusivo de la nota 10, especialmente respecto a la gimnasta V, comprobado mediante videos de las pruebas. La FIG sancionó a un juez por un año, con pérdida de su licencia, y

¹⁶⁸ Fédération Internationale de Gymnastique (Federación Internacional de Gimnasia).

¹⁶⁹ Union Européenne de Gymnastique (Unión Europea de Gimnasia).

advertencia de retirada definitiva en caso de reincidencia, así como a otros treinta y dos jueces, cinco de los cuales con la misma sanción. El TAS confirmó la sanción.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“28.- El panel considera que, en realidad, el demandado ha aportado convenientemente la prueba de que el apelante no ha respetado las obligaciones derivadas del Código de puntuación de la FIG para la gimnasia rítmica. Teniendo en cuenta los elementos de prueba informados por la demandada, incumbía al apelante establecer que no se le podía reprochar falta alguna. No es cuestión, en efecto, de reconocer al apelante el beneficio de la presunción de inocencia. Este principio no es aplicable más que en derecho penal. O, como ya se ha dicho, solo el derecho privado encuentra aplicación en el marco de un procedimiento disciplinario basado en la reglamentación estatutaria de una asociación privada. Así, de conformidad al derecho privado (especialmente al artículo 8 del Código civil suizo, que prevé que cada parte, debe, si la ley no prevé lo contrario, probar los hechos que alega para deducir su derecho) el TAS no puede mantener más que los hechos que considera como válidamente alegados y probados”.

COMENTARIOS: El interés del laudo radica en esta breve pero clara afirmación en cuanto a que la presunción de inocencia no es una cuestión a debatir en una asociación privada, sino que realmente de lo que se trata es de la carga de la prueba que incumbe a ambas partes, de modo equitativo.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2001/A/337 B. / Fédération Internationale de Natation (FINA), Laudo del 22 Marzo 2002.

SINTESIS: El 22-11-1999 hubo un control de dopaje fuera de competición en Auckland, Nueva Zelanda, llevado a cabo por la NZ-SDA¹⁷⁰. Al no existir en el país un laboratorio acreditado por el COI, las muestras se remitieron el 25 de Noviembre

¹⁷⁰ New Zealand Sports Drug Agency (Agencia Neozelandesa de Dopaje en el deporte).

de 1999 a un laboratorio en Pymble, Australia. La remisión de las muestras carecía de la documentación pertinente para los trámites aduaneros, y, en consecuencia, la entrega al laboratorio se demoró hasta el 9 de Diciembre de 1999. Durante dicho período, que es época de verano en dicho país, las muestras se mantuvieron en una habitación a temperatura ambiente.

Cuando se realizó la prueba de la muestra A, dio como resultado un nivel de 19-norandrosterona superior a 4 ng/ml, y respecto a la muestra B se realizó una comprobación a petición del apelante dando como resultado 3.5 ng/ml. Ambas pruebas se hicieron por el mismo analista. El NZ-SDA notificó al atleta la comisión de una infracción de dopaje y éste recurrió al juzgado de distrito quien anuló la decisión basándose en una infracción de las normas de dicha agencia, en esencia porque se habían incumplido los procedimientos de empaquetado y plazos de envío.

Posteriormente el Tribunal Superior de Nueva Zelanda revocó esta sentencia al considerar que los hechos no afectaban materialmente a los resultados del análisis de las muestras, pero esta decisión a su vez fue finalmente revocada por el Tribunal de Apelación de Nueva Zelanda quien consideró que la demora en el transporte impedía tomar en consideración los resultados del análisis de laboratorio. La Federación nacional de natación de Nueva Zelanda declinó iniciar o continuar un procedimiento contra del atleta.

En diciembre del 2000 el asunto pasó a la FINA en razón de que ésta puede revisar asuntos cuando considera que su normativa no ha sido aplicada apropiadamente, y en junio de 2001 decidió suspender al apelante por cuatro años, con efectos retroactivos desde 19 Mayo 2000 y anuló sus resultados durante los seis meses anteriores a la muestra tomada en noviembre de 1999. El atleta apelante considera que FINA no tiene ningún poder para imponer una sanción contra él puesto que no ha habido ningún test válido o conforme a derecho.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“27.- En este contexto, el panel quisiera remarcar que no ha lugar a aplicar conceptos de derecho penal tal como la presunción de inocencia o la prueba "más

allá de la duda razonable". El proceso está enteramente regulado por principios de derecho civil (Tribunal Federal Suizo, ASA Bull 1993, p. 398, 409 et seq. [G. v/ FEI]; Tribunal Federal Suizo, Sentencia de 31 de Marzo, 1999 [5P. 83/1999], p. 12; CAS 2001/A/317 A. v/ FILA, laudo del Julio 9, 2001, p. 17)".

COMENTARIOS: En este laudo el panel decidió mantener la sanción de FINA, atendiendo al principio de que si bien existieron irregularidades en el procedimiento, concretamente en la custodia de las muestras, su transporte, etc., y aún reconociendo su importancia, no se consideraron sin embargo de entidad suficiente como para deteriorar las muestras. El panel consideró asimismo que, la sanción procedía porque sí se habían detectado sustancias prohibidas y el apelante no facilitó ninguna explicación o justificación razonable de la presencia de las mismas.

A nuestro entender, lo más destacado del auto es, en primer lugar, la formulación explícita de que no cabe aplicar conceptos de derecho penal como la presunción de inocencia, y que el proceso está enteramente regulado por principios de derecho civil.

En segundo lugar, es de interés constatar que el panel en modo alguno se siente vinculado por una decisión de la justicia ordinaria, en este caso, los tribunales de Nueva Zelanda que a su vez atienden a unos principios de procedimiento que nada tienen que ver con el panel. Así, el panel se atiene a las opiniones científicas que escucha de los propios expertos que se le aporta y decide en consecuencia.

En tercer lugar, el laudo reitera lo ya visto en otros laudos en cuanto a la relevancia de los errores de procedimiento y considera que aun existiendo infracción de los procedimientos de toma de muestras y custodia de las mismas, si tal incumplimiento de procedimiento no es de entidad suficiente para anular tal toma de muestras, entonces el panel va a seguir admitiendo y aplicando la sanción.

ASUNTO: Arbitraje TAS 2002/A/358 UCI/ O. & Real Federación Española de Ciclismo (RFEC), laudo de 24-2-2002.

SINTESIS: Durante el Tour de Francia en Julio de 2001, se hizo una prueba de orina al ciclista O. con resultado positivo de EPO¹⁷¹ recombinante, y el Comité Nacional de Competición y Disciplina Deportiva (CNCDD) consideró que, en aplicación del principio de presunción de inocencia, era imposible declarar válidos los análisis de detección de EPO. La UCI¹⁷² recurrió al TAS, y éste sancionó al ciclista con suspensión efectiva de un año y multa.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“16.- Por otra parte, las estipulaciones del párrafo 1 del artículo 6 de la Convención europea de Derechos Humanos y libertades fundamentales, por la cual toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y en un período de tiempo razonable, por un tribunal independiente e imparcialmente establecido por la ley, que decidirá, sobre las disputas sobre los derechos y obligaciones de carácter civil, debiendo ser bien fundamentada toda acusación en materia penal dirigida contra ella, invocadas (la estipulaciones) por O. para afirmar que la manera en que el análisis y el contraanálisis han sido operados infringe los derechos de defensa, no son al menos aplicables más que en una jurisdicción y no en un órgano disciplinario de una federación nacional o internacional que no presenta el carácter de una jurisdicción. De todos modos, en el supuesto, implicándose el TAS en procedimiento arbitral de apelación disciplinaria, O. ha podido hacer valer sus derechos que estima lesionados, siendo oído equitativamente u en un plazo razonable por un tribunal cuya independencia e imparcialidad han sido reconocidas por el Tribunal Federal Suizo”.

COMENTARIOS: El laudo descartó los dos razonamientos utilizados por la CNCDD para no sancionar. El primero de ellos sería, en resumen, una argumentación sobre la fiabilidad del método empleado por el laboratorio que hizo el análisis, cuestión esta que será recurrente en otros muchos laudos y que vendrá a resolver el TAS apreciando que si no hay una infracción sustancial del procedimiento que afecte a su

¹⁷¹ Siglas de abreviación de la hormona eritropoyetina.

¹⁷² Unión Ciclista Internacional.

validez, no cabe aplicar principios estrictos de prueba como en derecho penal, y, de hecho, así viene también a manifestarlo en este laudo al situar la disciplina deportiva fuera del ámbito de aplicación de la Convención europea de Derechos Humanos y libertades fundamentales.

El segundo argumento de la CNCDD viene a ser que la falta de fijación previa de un porcentaje de presencia de la sustancia, viene a vulnerar los derechos del ciclista. El TAS rechaza el argumento acogiendo el de la UCI, que expresa la innecesariedad de fijar el porcentaje porque cualquier porcentaje supone la infracción del código de dopaje, porque el organismo humano no produce esta sustancia.

El TAS cita la argumentación de la RFEC sobre la exigencia de fijar el porcentaje previamente por la UCI, pues la RFEC considera que la determinación del porcentaje debe constar *“claramente indicada en el reglamento UCI”*, y que no puede quedar a la discreción del laboratorio, pues de otro modo se opone a la Convención europea de Derechos Humanos y libertades fundamentales que *“en su artículo 7 consagra los principios de legalidad y de definición de la infracción, cuyas normas aseguran la seguridad jurídica y la libertad en las que se reconoce un Estado de derecho”* Sin embargo, el TAS rechazó esta argumentación, porque no es aplicable a un órgano disciplinario de una federación, sino solamente a un órgano jurisdiccional.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2002/A/385 T. /International Gymnastics Federation (FIG), laudo del 23 Enero 2003.

SINTESIS: El apelante es un gimnasta rítmico miembro de la Federación Rusa que participó en los Good Will Games 2001, en Brisbane, Australia y fue sometido a un control de dopaje en agosto de 2001, resultando la presencia de "Furosemide". Mediante carta del 8 noviembre de 2001 solicitó el test de la muestra B, y no se le comunicó el día y hora de la prueba, que confirmó la presencia dicha sustancia.

El gimnasta utilizaba regularmente un producto llamado "Hyper" que había sido comprobado por laboratorios en Moscú sin que revelaran la existencia de sustancias prohibidas y había sido aprobado por la Federación rusa como suplemento nutricional.

El entrenador del apelante había comprado vía Internet este producto poco antes de la competición a un precio considerablemente inferior al que cobraba la Federación rusa. Se hizo un test de este producto resultando que efectivamente revelaba la presencia dicha sustancia prohibida.

Se anularon los resultados de competición del año 2001 para este atleta y se le suspendió por un año.

El apelante reclama que sus derechos fueron infringidos durante el test de dopaje porque los test del laboratorio presentaban signos de irregularidad y porque no se le había informado de la fecha y hora en que la muestra B iba a ser analizada.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“15. Como observación preliminar, el panel quiere aclarar que hay jurisprudencia del CAS que deja claro que las desviaciones del procedimiento de comprobación prescrito por la Federación correspondiente solamente invalida los resultados de un análisis cuando haya suficiente material como para cuestionar la fiabilidad de la prueba (CAS 98/188 C. v/ IPF, laudo del Julio 31, 1998, p. 9; CAS 98/184 C. v/ FEI, laudo del Septiembre 25, 1998, p. 11; CAS 98/223 ITF v/ K., laudo del Agosto 31, 1999, Digest of CAS Laudos II, p. 345, 353; CAS 2000/A/281 H. v/ FIM, Digest of CAS Laudos II, p. 410, 419). En un “obiter dictum”¹⁷³ en pronunciamiento anterior el CAS preparó el terreno para esta política que desde entonces se ha aplicado de forma consecuente. El panel hizo la siguiente observación:

„ ... es la visión del panel que, en general, si las infracciones de los requerimientos específicos fijados por una federación para un procedimiento de test son de suficiente entidad como para entrar a considerar la validez y corrección del resultado positivo, cualquier atleta tendría derecho a que la decisión de la Federación fuera revocada”. (CAS 94/129 USA Shooting & Q. v/ UIT, Digest of CAS Laudos I, p. 187, 200.)”.

¹⁷³ literalmente “dicho de paso”. Se refiere a argumentos que se exponen en una resolución jurisdiccional pero con carácter complementario a la decisión dictada, careciendo de poder vinculante.

COMENTARIOS: El panel reitera de modo prácticamente idéntico los argumentos expuestos en Arbitraje CAS 2001/A/317 A, por lo que ya no los transcribimos y nos limitamos a copiar el punto 15 que sí tiene interés, en la medida en que aclara suficientemente la incidencia que pueden tener los errores procedimentales a la hora de invalidar las sanciones.

En efecto, en este laudo se establece de modo claro que es jurisprudencia constante del tribunal que el incumplimiento de los procedimientos puede llevar a que el atleta reclame la nulidad de las sanciones que de las pruebas se deriven.

Ahora bien, como vemos el panel no aclara cuál es el umbral de error o de incumplimiento que genera tal posibilidad de revocar la sanción, quizá porque dada la propia complejidad de los análisis técnicos, resulte hasta el momento imposible fijar un criterio generalizado, pues en cada caso dependerá de cómo había afectado la irregularidad al resultado la prueba.

Por ejemplo, en CAS 2001/A/337 B. / Fédération Internationale de Natation (FINA), Laudo del 22 Marzo 2002 que ya hemos analizado el panel consideró que:

“45. Habiendo revisado cuidadosamente las pruebas, el panel llega a la conclusión de que la transformación de testosterona o androsterona en norandrosterone (NA) es improbable que ocurra fuera del cuerpo humano”.

Por tanto vemos que en cada caso habrá que revisar las circunstancias para apreciar si la sustancia en cuestión se degrada o no, y qué efectos en definitiva tienen las irregularidades procedimentales sobre la validez del resultado de la prueba.

En consecuencia, según el criterio que viene a señalar el TAS en este asunto, queda a la discreción del tribunal para cada caso concreto el apreciar si, en caso de errores de custodia de la muestra, por ejemplo, el error es de entidad suficiente para invalidarla o no.

ASUNTO: Arbitraje TAS 2007/O/1381 Real Federación Española de Ciclismo (RFEC) & Alejandro Valverde c. Union Cycliste Internationale (UCI), laudo 26 de Septiembre de 2007.

SINTESIS: El año 2004 tuvo lugar la denominada “Operación Puerto” que investigó la implicación del Doctor Eufemiano Fuentes en el dopaje de deportistas, en el curso de la cual la guardia civil se incautó de abundante documentación, productos dopantes, bolsas de sangre, y de plasma, estando las bolsas de sangre codificadas para identificar a su propietario y mostrando una presencia anormal de EPO.

El 29 de Agosto de 2007 la UCI emitió comunicado informando que de la lectura minuciosa de los 6000 folios de la operación Puerto se concluía que se podía demostrar la implicación del ciclista Alejandro Valverde, pedía a la RFEC que abriera un procedimiento disciplinario, afirmando que esto no implicaba su culpabilidad, y acordaba no permitirle participar en los campeonatos del mundo en Stuttgart.

La RFEC respondió que no había nuevo indicio alguno para justificar la apertura de dicho expediente y, por otro lado, el CNDD resolvía que no era posible abrir instrucción disciplinaria contra Valverde porque la justicia española había prohibido el uso del dossier penal a fines administrativos. La RFEC expresó a la UCI su sorpresa por la exclusión de Valverde, contestando la UCI que estaba amparada en el art. 9.2.002 y que en todo caso podía participar en otras pruebas. La RFEC recurrió al TAS, que ordenó a la UCI que admitiera a Valverde.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“60. Existen controversias respecto a la aplicabilidad de ciertos principios a las sanciones adoptadas por las asociaciones deportivas, tal como por ejemplo la aplicabilidad de la presunción de inocencia y del principio “nulla poena sine culpa”. Sin embargo, estas controversias a menudo vienen de la asimilación de esos principios al derecho penal que por el contenido mismo de los principios.

61. Así, hay un gran consenso (ver Baddelley M. op.cit., pp. 107-112 et pp. 180-181: Rigozzi/Faurmann-Kohler/Malinverni, op. Cit., pp. 56-58; Perrir J-F, Droit de

l'association, in: Droit Civil V., Fribourg 1992, pp. 41-43 et Zen-Ruffinnen P., op. cit. pp. 458-466 et pp. 488-489) en afirmar que los derechos de protección se aplican a sanciones disciplinarias acordadas por una asociación deportiva suiza comprendiendo los derechos y principios siguientes:

- *El principio de legalidad (conformidad a la reglamentación asociativa)*
- *El respeto al orden público y las buenas costumbres*
- *La interdicción de la arbitrariedad*
- *Los derechos de la personalidad*
- *El principio de igualdad de trato*
- *El principio de la proporcionalidad de las medidas*
- *El derecho a ser oído*
- *El principio “nulla poena sine culpa”*

63.- Con respecto a la definición de buenas costumbres, Zufferey habla de una “cláusula general de reenvío a los valores extrajurídicos, deducidos de la sociología y de la moral, que el derecho no permite que sea derogado por la voluntad de las partes”

75. la cuestión podría surgir de saber si una sanción irreversible fundada sobre una simple sospecha y no conexa a un control positivo podría en ciertas circunstancias ser considerada como contraria a una norma general no escrita de buenas costumbres, en la medida que aquellas protegen los valores fundamentales que sostienen el orden jurídico y que estos valores podrían englobar la presunción de inocencia.

102. Por otro lado, más allá de las circunstancias del presente asunto, cada uno puede sentir casi intuitivamente las graves cuestiones que plantea la idea de admitir sanciones disciplinarias sobre la base de simples sospechas. Este sentimiento es sin duda el eco de la reticencia de nuestra sociedad moderna y democrática a condenar una persona en ausencia de una culpabilidad establecida, por no ignorar las consideraciones éticas y morales subyacentes a la presunción de inocencia”.

COMENTARIOS: El árbitro realiza un análisis de si la medida del artículo invocado por la UCI constituye una sanción de resultado deportivo, o bien disciplinaria. Entiende el TAS que no puede considerarse la primera porque el objetivo declarado del artículo 9.02.002 no es preservar la igualdad de oportunidades, sino la reputación de la prueba y, además, dice, *“es difícil considerar que un corredor ha podido obtener una ventaja sobre sus competidores antes de que haya participado en la prueba y antes de que haya sido convicto de dopaje”*. Entiende el árbitro que la actuación de UCI tampoco encaja en las medidas provisionales, porque dicho artículo no hace referencia a las mismas y, además, porque estamos hablando de meras sospechas fuera de todo control, ya que se trata de actos pretendidamente cometidos mucho antes del campeonato.

Al entender que se trata de sanción disciplinaria, indica el laudo que, según el derecho suizo, una asociación tiene la libertad *“relativamente grande”* de organizarse y reglamentarse como estime conveniente, y la persona que se asocia de aceptarlo, pero, indica, y esto nos parece de gran relevancia, esta libertad de asociarse es teórica en la medida en que su no asociación le impediría tomar parte en las competiciones más importantes y supondría el fin de su carrera.

Afirma el laudo que la autonomía de las asociaciones tiene límites, entre los cuales se encuentran los principios generales y valores fundamentales del orden jurídico suizo, que pueden ser de fuente nacional o internacional, que se denominan normalmente *“derechos de protección”*, entre los que, como hemos visto al citar parte del laudo, se encuentran el de *“nulla poena sine culpa”* y el derecho a ser oído.

En cuanto al primero de dichos principios, afirma el laudo que existe consenso general en el sentido que, tratándose de sanciones disciplinarias, se aplica sin excepción, así como concluye también que se ha vulnerado su derecho a ser oído, además de vulneración de igualdad de trato y principio de proporcionalidad.

A nuestro entender, lo más importante de este laudo es el reconocimiento explícito de ese reenvío a normas morales, a principios generales del derecho, que constituyen un límite a la autonomía de las partes en la regulación de asociaciones de carácter privado y, por otra parte, nos parece también muy relevante la mención

explícita de que la libertad de asociarse o no es relativa, vista la relevancia que tiene para un ciclista estar o no asociado a una federación a su vez asociada a la UCI. Es, creemos, una supuesta libertad meramente ilusoria, pues la carencia de alternativas, la situación de monopolio, torna la supuesta libertad asociativa en una inevitabilidad si uno quiere practicar ese deporte a nivel profesional.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2008/A/1539 Nicholas D'Arcy v. Australian Olympic Committee (AOC), laudo del 27 Mayo 2008.

SINTESIS: El apelante era miembro del equipo de natación australiano seleccionado para los juegos olímpicos de Pekín del año 2008. Al haber participado en una pelea en un bar el comité olímpico australiano lo expulsó, alegando principios de la carta olímpica y refiriéndose a la conducta del atleta, que había trascendido a la opinión pública, siendo una noticia de la que se había informado ampliamente. A su vez el atleta alegó estar amparado por la presunción de inocencia toda vez que no existía un pronunciamiento judicial en su contra.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

No transcribimos pronunciamiento alguno respecto a la presunción de inocencia, ya que no existen en realidad en este laudo tales pronunciamientos sino referencias simplemente a que el atleta alegaba que en el procedimiento penal en el que estaba implicado le amparaba dicha presunción, lo cual nadie discutió, pues el panel consideró que el atleta había incumplido los compromisos éticos y de comportamiento que implicaban su pertenencia al equipo olímpico.

COMENTARIOS: El laudo realmente no se pronuncia respecto a la presunción de inocencia sino que entiende que debe juzgar si la mala reputación que el atleta adquiere por razón de su conducta, sea ésta penalmente punible o no, justifica o no la imposición de la sanción de su expulsión del equipo olímpico, considerando que efectivamente la justificaba en este caso.

En un primer momento podría parecer que se trata de una vulneración del principio establecido por el TAS respecto a no imposición de sanciones en tanto no hay un pronunciamiento legal, sin embargo, en una lectura más en profundidad, entendemos que no es un caso comparable, puesto que aquí se sanciona por vulnerar una carta de conducta, un código ético, que queda dañado *per se* en virtud de la implicación en unos actos que se consideran impropios de un atleta miembro del equipo olímpico, implicación que incluso reconoció el propio atleta, todo lo cual no obsta a que se haya admitido la presunción de inocencia, que en este caso opera respecto al resultado final del asunto penal, pero no respecto al código ético específicamente aceptado por el atleta y que se considera infringido.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2008/A/1605 Chris Jongewaard v. Australian Olympic Committee (AOC), laudo del 19 Septiembre 2008.

SINTESIS: en un caso similar al que acabamos de examinar CAS 2008/A/1539, el Comité Olímpico australiano expulsó a un miembro del equipo de bicicleta de montaña porque se presentaron cargos contra él por conducción peligrosa y por abandono de la escena de un delito, tras haber atropellado a otro ciclista y presentar una situación de alcoholemia.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“19. Un atleta nombrado por el Comité Olímpico australiano se presume que es una persona de buena reputación. El/ella se percibe como un líder y como un modelo en la comunidad australiana. El apelante tiene que responder de dos graves cargos criminales. Se enfrenta a penas graves si es hallado culpable. La presunción de inocencia no es respuesta a la determinación por el comité olímpico australiano de que el apelante, por su propia conducta, se ha puesto a sí mismo en una situación de mala fama y por tanto es hallado no elegible para ser seleccionado por equipo olímpico australiano”.

COMENTARIOS: El laudo soslaya la cuestión de la presunción de inocencia que realmente no se discute en el ámbito de esta sanción sino en el ámbito penal. La cuestión que se decide es si la situación creada por el conocimiento por el público de los hechos supone una merma de la buena fama del atleta y por ello le inhabilita para continuar formando parte del equipo olímpico, como sí estimó el tribunal, todo ello más allá de que en los tribunales penales sea o no absuelto pues, para el caso, es totalmente indiferente.

ASUNTO: CAS 2011/A/2384 UCI v. Alberto Contador Velasco & RFEC, CAS 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC laudo de 6-2-2012.

SINTESIS: El Sr. Contador, como miembro del equipo ciclista profesional ProTeam Astana, participó en 2010 en el Tour de Francia. El 21 julio 2010, tras la decimosexta etapa, la UCI le sometió a un test de orina. El resultado del análisis emitido por un laboratorio autorizado reveló la existencia de clenbuterol en una concentración de clenbuterol de 50 pg/mL, siendo esta una sustancia prohibida por la WADA¹⁷⁴.

Cuando el corredor fue notificado personalmente del resultado del análisis manifestó que el origen de la sustancia prohibida debía ser carne contaminada. En fecha 8 septiembre 2010 y en presencia de los representantes del Sr. Contador se procedió al análisis de la muestra “B” que confirmó el resultado de la muestra “A”.

Como consecuencia de la baja concentración de clenbuterol encontrada en las dos muestras y el hecho de que las muestras tomadas antes del 21 de julio 2010 no contenían la sustancia, tanto la UCI como la WADA decidieron llevar a cabo una serie investigaciones para intentar comprender el alcance del hallazgo y si podía indicar que se habían cometido otras infracciones de la prohibición de dopaje aparte de la del clenbuterol.

A petición de WADA el laboratorio volvió a analizar tres muestras de orina que habían sido tomadas durante el tour de Francia y dieron como resultado concentraciones de clenbuterol de 16 pg/mL, 7 pg/mL y 17 pg/mL respectivamente.

¹⁷⁴ World Anti-doping Agency - (Agencia Mundial Antidopaje), también denominada AMA

También se le había tomado una muestra de sangre el 21 julio 2010 que también contenía la misma sustancia en una concentración 1 pg/mL.

Tras la investigación de WADA, la UCI consideró que había base suficiente para entender cometida una infracción de dopaje y solicitó a RFEC que iniciara el procedimiento disciplinario.

El Comité Nacional de Competición y Disciplina Deportiva (CNCDD), teniendo en cuenta los numerosos informes científicos aportados por el corredor y admitidos como prueba y que entraban en contradicción con los informes de WADA y UCI, se dirigió a estas y a la agencia española antidopaje para que realizaran las manifestaciones y consideraciones técnicas, no jurídicas, que estimaran convenientes respecto a los informes aportados por el Sr. Contador.

El 25 Enero 2011 el CNCDD propuso una sanción de un año por considerarlo culpable en relación de las normas antidopaje con el expreso reconocimiento de que no existía culpa o negligencia significativa, proponiendo asimismo la descalificación respecto al tour de Francia en el que había participado e imponiéndole las costas

El Sr. Contador rechazó la propuesta y el 14 febrero de 2011 el CNCDD emitió una decisión según la cual el Sr. Contador fue absuelto motivando la decisión sustancialmente en que existe una cierta posibilidad de que la presencia de la sustancia puede ser debida, en un alto porcentaje de probabilidades, a la ingestión de carne contaminada teniendo en cuenta la extremadamente baja concentración de los sustancia encontrada en la muestra, haciendo referencia asimismo a que los informes de WADA no niegan esta posibilidad sino que la consideran improbable. Hace referencia asimismo a que las otras posibilidades, esto es la transfusión de sangre o la inyección de micro dosis, suponen considerar como más probable la ingestión de carne contaminada.

Admite la decisión que es el Sr. Contador quien debería probar que comió carne y que esa carne contenía la sustancia prohibida pero dice que es una prueba imposible porque el elemento de prueba ha desaparecido y, tomando en consideración las posibilidades, considera que la ingestión de carne contaminada es la causa más probable teniendo en cuenta asimismo que la baja concentración encontrada no aumenta el rendimiento en el deportista, que es obvio que la dieta de un atleta contiene carne o productos cárnicos y que es posible que el Sr. Contador no supiera o

sospechara, incluso con la máxima prudencia, que comió carne contaminada por sustancia prohibida, por todo lo cual entiende que no puede considerar que haya habido una conducta negligente.

La UCI presentó la apelación y el tribunal realizó un extenso análisis de las diferentes posibilidades de intoxicación, farmacológica, transfusión de sangre, suplementos alimenticios, etcétera.

El tribunal incluso admitió como prueba el polígrafo al que voluntariamente se sometió el corredor, pero finalmente consideró más probable que la ingesta de la sustancia se hubiera producido con los suplementos alimenticios que por la ingestión de carne o por una transfusión y le impuso una sanción por dos años, descalificándolo del tour de Francia y todas las competiciones en que participó desde el 25 enero 2011.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“107. En el presente caso el apelado tiene -según las circunstancias del caso- la carga de la prueba de establecer cómo la sustancia prohibida entró en su organismo.

108. En el contexto de superar esta carga de la prueba el primer apelado afirma que comió carne contaminada. Probar este hecho es -desde un punto de vista objetivo- difícil, puesto que la carne que se alega contaminada está por supuesto no disponible para su inspección. Es más, ninguno de los compañeros de equipo del apelado que comieron la carne fue testado junto con él. En consecuencia, no resulta posible una prueba directa de que él apelado comió carne contaminada resultando en una analítica adversa.

109. Por lo tanto, el primer apelante solamente puede tener éxito en su carga de la prueba probando que (1) en este caso particular la contaminación de la carne era posible y (2) otras fuentes por medio de las cuales la sustancia prohibida pueda haber entrado en su cuerpo o bien no existen o son menos probables. El panel considera que lo último implica una forma de hecho negativo que es difícil de probar para el primer apelante. Dado que al respecto de ello el primer apelante está en un

tipo de “état de nécessité en matière de preuve” o “Beweisnotstand”¹⁷⁵, son de aplicación los principios antes mencionados, conforme a los cuales la parte que se opone a los hechos debe aportar argumentos a la clarificación de los correspondientes hechos del caso.

110. El panel considera que los apelantes han cumplido su obligación de cooperación presentando y fundamentando dos rutas adicionales (alternativas) a cómo la sustancia prohibida pudo entrar en el sistema del primer Apelante. El panel examinará por tanto a la vista de todas las fundamentaciones y argumentos de las partes (1) si fue posible la ingestión de carne contaminada por el primer Apelante y (2) cual de las tres hipótesis sugeridas es el más probable que haya ocurrido.

113. Así, es solamente si la teoría del atleta se considera más probable entre diversas hipótesis, o si es la única posible, cuando se considerará que el atleta ha establecido un balance de probabilidades de cómo la sustancia ha entrado en su organismo, pues en tales situaciones la hipótesis que él está invocando debe haber cumplido el necesario 51 % de probabilidades de haber ocurrido”.

COMENTARIOS: En realidad el tribunal no se ha pronunciado de modo directo y específico respecto a la presunción de inocencia, sino que ésta se alega por ejemplo por la Federación española. Lo que hace el panel es valorar la carga de la prueba en vista de las circunstancias y llegar a una conclusión sin hacer mención expresa de tal principio.

De hecho, aunque pudiera parecer lo contrario, el panel realmente abre una puerta a la prueba, por parte del atleta, más amplia de lo que habíamos apreciado en laudos anteriores.

En efecto, si hasta ahora, una vez hallada la sustancia, solamente se permitía prueba de actuación maliciosa de un tercero, en este caso el panel se muestra dispuesto a considerar el caso de que el atleta pruebe, al menos en un 51 % de

¹⁷⁵ literalmente “estado de necesidad en materia de prueba” (en francés) o “callejón sin salida” (en alemán).

probabilidades, que la sustancia entró en su organismo del modo accidental que argumenta.

Creemos que el panel actúa de este modo porque la cantidad de sustancia es tan reducida que lleva al tribunal a aceptar dicha explicación, si se hubiera producido de modo satisfactorio para el tribunal.

Ello no obstante, el tribunal consideró más probable que la sustancia entrara en el cuerpo del atleta por medio de suplementos y sancionó pero, insisto, ello no obsta para tener presente que en un caso tan especial, por lo reducidísimo de la presencia de la sustancia, el tribunal no ha querido aplicar automatismo alguno de sancionar por su mera presencia, y ha estado dispuesto a aceptar una exoneración si el atleta hubiera podido establecer la probabilidad exigida.

A la vista de este laudo, creo que cobra gran importancia el “*état de nécessité en matière de preuve*” o “*Beweisnotstand*” que se cita en el laudo. En la jurisprudencia Suiza, se refiere a la situación objetiva en la que es imposible una prueba estricta y por ello se admite un menor rigor en la prueba, que la tiene por válida si se acredita una “*vraisemblance prépondérante*” o probabilidad preponderante, es decir un 51 % de probabilidad por así decirlo.

Por otra parte, creemos al afirmar que no ha trasladado la carga de la prueba sino que ha sopesado la evidencia para llegar a la conclusión de condena, el tribunal realiza un fallido intento de justificar la imposición de una sanción que, en definitiva, ha sido impuesta por responsabilidad objetiva.

Desde nuestro punto de vista, no apreciamos en este extenso una argumentación que justifique la condena del deportista, y menos aún si lo comparamos con los razonamientos esgrimidos por el TAS en laudos anteriores que, siendo incluso de mucha menor entidad y trascendencia, sí han pergeñado una argumentación coherente.

TAS 2011/A/2433 Amadou Diakite c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), laudo de 8 de Marzo 2012.

SINTESIS: Se trata de la apelación presentada por un miembro de la FIFA, de nacionalidad maliense y miembro del comité ejecutivo de la CAF¹⁷⁶, contra la sanción que le fue impuesta en aplicación del Código ético de FIFA, a consecuencia de que se le grabaron unas conversaciones con unos periodistas del Sunday Times, quienes, haciéndose pasar por miembros de un lobby que buscaban favorecer la candidatura de Estados Unidos para organizar los mundiales de 2018 y 2022, pidieron al apelante que les ayudara a entrar en contacto con muchos miembros del Comité ejecutivo de FIFA a fin de convencerles al respecto.

Los periodistas publicaron en Octubre de 2010 que la corrupción en FIFA era generalizada y que este miembro de la misma estaba dispuesto a aceptar 800.000 dólares USA. FIFA suspendió al apelante, y el comité de apelación de FIFA consideró que las conversaciones grabadas eran medios de prueba aceptables y no vulneraban el artículo 6 CEDH o el derecho suizo, acordando suspenderle por dos años, decisión que confirmó el TAS.

PRONUNCIAMIENTOS RELATIVOS A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“20. A título preliminar, el Panel observa que, según el derecho suizo, al igual que según la mayor parte de los sistemas jurídicos, las asociaciones y en particular las asociaciones deportivas tienen el poder (i) de adoptar las reglas de conducta que se imponen a sus miembros directos e indirectos y (ii) aplicar las sanciones disciplinarias a los miembros que no respeten esas reglas, aunque ciertos principios generales del derechos –tales como el derecho a ser oído y el principio de proporcionalidad –sean respetados (cf. BADDELEY M., L’association sportive face au droit, Bâle 1994, pp. 107 y siguientes, 218 y siguientes; BELOFF/KERR/DEMETRIOU, Sports Law, Oxford 1999, pp. 171 y siguientes).

¹⁷⁶ Confederación Africana de Fútbol.

21. A este respecto, el Panel arbitral entiende que la competencia de la asociación deportiva de fijar sus propias reglas y de ejercer su poder disciplinario sobre sus miembros directos o indirectos, no se basa en el derecho público o penal, mas sobre el derecho civil. El Tribunal Federal Suizo ha afirmado claramente que las sanciones disciplinarias decididas por las organizaciones deportivas son de la jurisdicción del derecho privado y no del derecho penal:

“Está generalmente admitido que la pena estatutaria representa una de las formas de la pena convencional que se basa por lo tanto en la autonomía de las partes y puede así ser objeto de una sentencia arbitral. [...]. En otras palabras, la pena estatutaria no tiene nada que ver con el poder de punición reservado a los tribunales penales [...], e incluso si reprime un comportamiento que es asimismo sancionado por el Estado” (Sentencia del Tribunal fédéral de 15 marzo 1993, Gundel c. FEI, consid. 5a; Colección TAS I, p. 545; parcialmente publicado en ATF 119 II 271).

22. Según la jurisprudencia constante del Tribunal Federal Suizo, el procedimiento que rige la adaptación de sanciones disciplinarias deportivas no está subordinado respecto a las garantías de procedimiento existentes en derecho penal. En especial, el Tribunal federal ha subrayado que la apreciación de las pruebas no puede seguir los principios propios del procedimiento penal, al afirmar que las cuestiones conexas “a la carga de la prueba y a la apreciación de las pruebas son problemas que no pueden ser regulados, en materia de derecho privado, a la luz de nociones propias del derecho penal, tales como la presunción de inocencia o el principio “in dubio pro reo” y de garantías correspondientes que figuran en la Convención europea de los derechos del hombre” (Sentencia del Tribunal Federal del 31 de Marzo de 1999, N., J. Y. W. c. FINA, consid. 3d, reproducido en la colección TAS II, p. 767; Sentencia del Tribunal Federal de 15 de Marzo de 1993, Gundel c. FEI, consid. 8b, ibídem).

23. En lo concerniente a la Convención Europea de los Derechos del Hombre (CEDH), de la que se prevalece expresamente el apelante, el Panel arbitral subraya igualmente que, por principio, los derechos fundamentales y las garantías de procedimiento acordadas por los tratados internacionales de protección de los derechos del hombre, no se espera que sean aplicados directamente en relaciones privadas entre particulares y por tanto no son aplicables a los asunto disciplinarios

juzgados por asociaciones privadas. Esta forma de verlo está en armonía con la jurisprudencia del Tribunal federal suizo, que en el marco de un recurso interpuesto contra una decisión del TAS, ha precisado que “el recurrente invoca los art. 27 Cst. y 8 CEDH. Sin embargo no son objeto de una medida estatal, de suerte que tales disposiciones no son en principio aplicables” (Sentencia del Tribunal federal de 11 junio 2001, Abel Xavier c. UEFA, consid. 2, reproducido en Bull. ASA 2001, p. 566; parcialmente publicado en ATF 127 III 429).

24. Aun así, el Panel arbitral es consciente del hecho de que ciertas garantías procedimentales derivadas del artículo 6.1 de la CEDH, en los litigios sobre los derechos y obligaciones de carácter civil, son indirectamente aplicables incluso ante un tribunal arbitral – especialmente más en materia disciplinaria. Esto se debe al hecho de que la Confederación suiza, en tanto que parte contratante en el CEDH, debe velar por que, en el momento de aplicar las sentencias arbitrales (en el estadio de ejecución de sentencia o con ocasión de una apelación tendente a su anulación), los jueces se aseguren que las partes del arbitraje se hayan podido beneficiar de un proceso equitativo, llevado a cabo dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial.

25. Las formaciones del TAS siempre han buscado de todos modos garantizar a las partes el respeto a los principios fundamentales de procedimiento, acordes a la noción de orden público procedimental tal como se define por la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo:

“El orden público procedimental garantiza a las partes el derecho a un juicio independiente sobre las conclusiones y basado en los hechos sometidos al tribunal de manera conforme al derecho procesal aplicable; hay violación del orden público procedimental cuando los principios fundamentales y generalmente reconocidos han sido violados, lo que conduce a una contradicción insoportable con el sentimiento de justicia, de tal suerte que la decisión aparece incompatible con los valores reconocidos en un Estado de derecho” (Sentencia del Tribunal federal de 11 Junio 2011, Abel Xavier c. UEFA, consid. 2d, ibídem).”

COMENTARIOS: La resolución tiene interés en la medida en que analiza de forma amplia la relación entre las normas de una entidad privada y las garantías que ofrece el CEDH, llegando a la conclusión de que las pruebas obtenidas son válidas y manteniendo la sanción acordada en este supuesto, al entender que no se ha producido una vulneración de los principios fundamentales.

A nuestro juicio, sienta una jurisprudencia del TAS que puede resultar muy relevante, pues debemos recordar que la posibilidad de grabar imágenes, sonido, comprobar correos electrónicos, etc., resulta cada vez más accesible desde un punto de vista tecnológico, como se comprueba cada día leyendo la prensa nacional, y que es previsible que se vaya a producir con más frecuencia un descubrimiento de conductas sancionables y, a la vez, una alegación de la defensa del sancionado invocando vulneración del derecho a la intimidad, entre otros. Si tenemos en cuenta que la admisibilidad de la prueba de grabaciones obtenidas es materia controvertida entre las legislaciones de distintos países, el gran número de miembros de FIFA, y la diferente valoración entre el derecho sancionador de una asociación privada y el derecho penal público, creemos que se sienta un precedente importante que, sin duda, será invocado por organismos sancionadores en el futuro.

ASUNTO: Laudo CAS 2012/A/2789 International Paralympic Committee (IPC) v. I., Venezuelan National Paralympic Committee (COPAVEN)¹⁷⁷, Venezuelan National Anti-Doping Organization (VNADO)¹⁷⁸ & Sport Federation for Visually Impaired Athletes in Venezuela (FEPOCIVE)¹⁷⁹, laudo de 17 Diciembre 2012.

SÍNTESIS: Previamente vamos a detallar cuales son las partes el procedimiento, para mayor claridad expositiva:

- El apelante es IPC

¹⁷⁷ Venezuelan National Paralympic Committee (Comité Paralímpico Nacional de Venezuela).

¹⁷⁸ Venezuelan National Anti-Doping Organization (Comisión Nacional Antidopaje y Substancias Nocivas a la Salud).

¹⁷⁹ Federación Polideportiva de Ciegos de Venezuela.

- El primer apelado/demandado es la atleta
- El segundo es COPAVEN
- El tercero es VNADO
- El cuarto es FEPOCIVE

En Agosto de 2011, y con ocasión de los Juegos Paranales de Venezuela, tras la final de 200 metros lisos se practicó una prueba de orina a una atleta discapacitada visual, totalmente ciega, que dio como positivo de Methenolone, un esteroide anabolizante incluido en la lista de sustancias prohibidas de la WADA.

La prueba se practicó por la FEPOCIVE bajo la autoridad de la VNADO, y el informe del laboratorio se hizo el 16-9-2011. La atleta no solicitó análisis de la muestra B, pero se declaró inocente y alegó que puesto que ya estaba calificada para los Juegos Paralímpicos de Londres de 2012 no tenía ningún sentido doparse, alegando también que no podía tener ninguna intención de hacerlo, que una prueba de Noviembre de 2011 dio negativa, y que todo ello junto con el hecho de que no habría tenido ningún sentido arriesgar sus estudios universitarios y carrera posterior al perder el apoyo financiero necesario en caso de dopaje, le llevaban a asumir que había sido víctima de un sabotaje.

La FEPOCIVE dictó resolución el 3-11-2001 en la que decidió no imponer más sanción que la descalificación automática de sus resultados, premios y puntos según obliga el artículo 9 del WADC¹⁸⁰, y tomó esta decisión argumentando que esa sustancia debe combinarse con otras para producir resultado, y que al encontrarse sólo esa sustancia en el análisis no era lógico que la hubiera consumido sino que era fácil imaginar que alguien se la hubiera suministrado, aduciendo también que al ser una deportista totalmente ciega cabe preguntarse si, aunque deba aplicarse el artículo 9 del WADC, debería aplicarse también el artículo 2.1.1 que impone a los atletas la obligación de asegurarse que no entran en su organismo sustancias ilegales, llegando a la conclusión de que no es de aplicación en este caso puesto que, tratándose de una deportista totalmente ciega, no puede controlar lo que le dan.

¹⁸⁰ World Antidoping Code – (Código Mundial Antidopaje).

En Noviembre de 2011 el COPAVEN preguntó al comité antidopaje de la IPC si la atleta podría participar en los juegos paralímpicos panamericanos de Noviembre de 2011, respondiendo la IPC que consideraba que la decisión tomada por el FEPOCIVE no cumplía las exigencias del Código Mundial Antidopaje, según las cuales el atleta tiene responsabilidad objetiva, y sólo en circunstancias excepcionales puede alzarse total o parcialmente una suspensión, que la información facilitada por el FEPOCIVE no demostraba que concurrieran tales circunstancias y que en consecuencia FEPOCIVE había incumplido lo que le exige el WADC.

El IPC informaba asimismo a COPAVEN que se denegaba su participación, a menos que por FEPOCIVE se aportara más información que demostrara que tales circunstancias excepcionales concurrían, y, es más, que el IPC no tenía autoridad para considerar tales circunstancias porque no fue quien obtuvo las muestras o bajo cuya autoridad se obtuvieron. FEPOCIVE contestó que investigaría el asunto, y que presentaría el resultado a finales de Enero de 2012.

El 23 de Febrero de 2012 la atleta presentó recurso de apelación ante el Comité de FEPOCIVE, argumentando que al no haber tenido ninguna notificación ya concluido el mes de Enero de 2012, procedía que se redujera la sanción a seis meses, y que se declarara que la resolución de 3 de Noviembre de 2011 vulneraba su derecho a defensa, la presunción de inocencia, el derecho al deporte, a obtener una reparación, al libre desarrollo de la personalidad y a la igualdad del atleta, todos ellos según la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. FEPOCIVE aceptó el recurso y, mediante resolución de 14-3-2012, redujo la sanción a siete meses.

El IPC recurrió al TAS quien anuló la decisión del Fepocive de Marzo de 2012, y suspendió a la atleta por dos años a contar desde Agosto de 2011.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“2.9. El 23 de Febrero de 2012, la primera apelada, habiendo sido declarada inelegible para participar en los Juegos Panamericanos y no habiendo recibido al final de Enero de 2012 comunicación alguna del cuarto apelado, presentó una

apelación ante el Consejo Honorario del cuarto apelando y requirió que se pronunciara sobre las siguientes peticiones:

“UNO: Que el Comité Honorario admita la Apelación o reautorización presentada, puesto que no es contraria a derecho y no contiene expresiones ofensivas o cualquiera que sea contraria a la decencia o moralidad.

DOS: Que el Comité Honorario declare que la apelación presentada es admisible por motivo de que efectivamente la decisión dictada el 3 de Noviembre de 2011 vulnera mi Derecho de Defensa, la Presunción de Inocencia, el Deporte, el Derecho a Reparación, el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad y el Derecho a la Igualdad, como destinatario de dichos derechos, establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en los artículos 2, 6 (sección 1), 8, 15 (secciones 2, 4 y 8), 72 (sección 8), 73, 74 (secciones 1, 2, 4 y 5), 77 y 79 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física”.

2.11. La parte operativa de la decisión del Comité Honorario del cuarto apelado de fecha 14 de Marzo de 2012 dice lo siguiente::

... “DECISION

En base a lo más arriba expuesto, el Consejo Honorario de la Federación Polideportiva de Ciegos de Venezuela toma su decisión como sigue:

UNO: Admite el Recurso de Habilitación [Apelación para autorización) presentado, en base a que no es contrario a la Ley, y no contiene expresiones ofensivas o contrarias a la decencia o moralidad.

SEGUNDO: El Consejo Honorario considera que la apelación presentada es ADMISIBLE, por el motivo de que efectivamente la decisión dictada el 3 de Noviembre de 2011 vulnera el Derecho de Defensa, la Presunción de Inocencia, el derecho al Deporte, el Derecho a Reparación, el Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad y el Derecho a la Igualdad del atleta I. (debidamente identificado más arriba) como destinatario de dichos derechos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en los artículos 2, 6 (sección 1), 8, 15

(secciones 2, 4 y 8), 72 (sección 8), 73, 74 (secciones 1, 2, 4 y 5), 77 y 79 de la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física”.

7.20 El Árbitro Único considera todas las referencias a las normas legales nacionales de la República Bolivariana de Venezuela sin fundamento y como simplemente poner una al lado de otra una lista de normas que o no son en absoluto relevantes para el presente caso, o incluso inducen a error, o en el mejor de los casos son aplicables, pero no presentan ningún argumento de su vulneración que pueda dar lugar a más análisis de los ya hechos en el contexto del WADC y del código antidopaje del IPC respectivamente. Esto se aplica, en particular, en cuanto al derecho de la primera apelada a que su caso sea tratado por un organismo judicial independiente, su derecho al proceso debido y a un juicio justo, así como sus derechos de defensa”

“7.22 Los derechos humanos, enfatizados por el primer demandado en el contexto de la ley venezolana, (en particular el derecho a igualdad y libertad personal), en tanto que consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en opinión el árbitro único están perfectamente reflejados en el orden público material que debe respetar el CAS bajo la ley Suiza (véase p.e. decisión de 21 de Febrero de 2008, 370/2007, del Tribunal Federal Suizo en el párrafo 5.1 y del CAS 2008/A/1654 en párrafos 5.20 – 5.22). El árbitro único no ve argumentos del primer y cuarto demandante que puedan llevar a dudar del respeto a este estándar legal en el presente caso. Incluso si debe admitirse que la primera demandada, en tanto que atleta totalmente ciega, ciertamente no tiene las mismas posibilidades que un atleta sin dicha discapacidad de protegerse contra sabotajes, ella, no obstante, está totalmente en la misma posición que todos los otros atletas totalmente ciegos. Una vez que el Apelante, como organización que representa el movimiento paralímpico, incluyendo los intereses de todos los atletas discapacitados, ha hallado razonable y adecuado comprometerse al WADC y adoptar un código antidoping que incluye las mismas obligaciones para atletas con discapacidad que para los que no la tienen, la medida para garantizar igualdad se ha desplazado a una garantía de igualdad entre atletas discapacitados. Todos los atletas totalmente discapacitados tienen la misma obligación, ser conscientes del posible sabotaje y protegerse contra ello mediante

una selección cuidadosa de su entorno, en orden a asegurarse que no entre ninguna sustancia prohibida en su cuerpo. La primer demandante fue hallada habiendo cometido una infracción de una norma antidopaje, mientras que otros atletas totalmente ciegos que tomaron parte en la mismas competencias y fueron sometidos a control de dopaje no fueron hallados habiendo cometido dicha infracción”.

..

La Corte de Arbitraje para el Deporte decide:

- 1. Se admite la apelación presentada por el International Paralympic Committee.*
- 2. Se anula la decisión emitida por la FEPOCIVE el 14 de Marzo de 2012.*
- 3. Se suspende a I. desde el 21 de Agosto de 2011 por un período de dos años. El período de suspensión provisional ya cumplido por I. se deducirá del período total de inelegibilidad a cumplir”.*

COMENTARIOS: Vemos que el laudo sí cita el principio de presunción de inocencia, pero en realidad no lo desarrolla en absoluto, ni aclara su alcance o contenido. Se trata en realidad de una alegación de parte, la que formula la atleta, que fue aceptada por el Comité Honorario, con fundamento en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física del mismo país, y que después rechazará el árbitro único del TAS al entender que los derechos que se invocan infringidos se respetan por el TAS y, sobretodo, al entender que una vez sometida la apelante al WADC, se le ha de aplicar el mismo trato que a cualquier otra en sus condiciones.

Dado que se trata de un laudo en el que las autoridades deportivas del país, en este caso la FEPOCIVE, sustentan su decisión en normas y principios jurídicos nacionales, por encima de las normas deportivas como las del código WADC y las de IPC, vamos a examinar esa normativa invocada por el FEPOCIVE.

Examinamos en primer lugar la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 20-12-1999, y vemos que el principio sí se menciona en su artículo 49 que dice:

“Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

.....2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario”.

Nótese, por cierto, que dicho derecho se aplica a *“todas las actuaciones judiciales y administrativas”* de modo que también en el derecho administrativo sancionador será exigible su observancia. En cuanto al contenido del derecho en el sistema jurídico venezolano, y sin ánimo de profundizar en exceso sobre el particular, citaremos en primer lugar el Código Orgánico Procesal Penal que en su artículo 8 dice:

“Artículo 8. ° Presunción de inocencia. Cualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme”.

El contenido es pues *“que se le presuma inocente y a que se le trate como tal”*, en tanto no recaiga sentencia firme, y no precisa mayor comentario.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que el artículo 23 de la Constitución de la República declara la aplicación inmediata y prevalencia en orden interno de los tratados internacionales relativos a derechos humanos, que contengan normas más favorables a las de la república, y que por tanto son derecho venezolano aplicable, podríamos decir, por encima del resto del derecho venezolano. Así resulta del artículo 23:

“Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

Pues bien, entre los tratados internacionales que ha suscrito la República Bolivariana de Venezuela, y por limitarnos únicamente al ámbito iberoamericano,

citamos la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 22-11-1969 que en su artículo 8, 2, declara:

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

En cuanto a la jurisprudencia del más alto Tribunal Venezolano citamos, como simple muestra, las siguientes sentencias:

Sentencia de la Sala de Casación Penal, Nro. 159 del 25/04/2003

"El derecho constitucional a la presunción de inocencia, sólo puede ser desvirtuado cuando se determina en el juicio la culpabilidad de los sujetos inculcados".

Sentencia Sala de Casación Penal, Nro. 113 del 27/03/2003”

"El derecho constitucional a la presunción de inocencia, sólo puede ser desvirtuado cuando se determina definitivamente la culpabilidad del sujeto inculcado, luego de un procedimiento contradictorio".

Como vemos por tanto, en lo que al sistema jurídico venezolano se refiere y su aplicabilidad al supuesto que nos ocupa, parece claro que, en cuanto al fondo del asunto, la decisión tomada por el Comité Honorario se sustentó o bien en el principio *in dubio pro reo* enunciado en la propia legislación venezolana, o bien en la concepción de la presunción de inocencia asumida por la República Venezolana en virtud de los tratados internacionales suscritos y/o de su propio acervo jurisprudencial.

En cuanto a la Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física, y examinados los artículos que se citan como fundamento jurídico de la resolución adoptada, luego impugnada ante el TAS, nos parece que los más relevantes serían los siguientes:

“Artículo 8 Derecho universal

Todas las personas tienen derecho a la educación física, a la práctica de actividades físicas y a desarrollarse en el deporte de su preferencia, sin más limitaciones que las

derivadas de sus aptitudes deportivas y capacidades físicas, sin menoscabo del debido resguardo de la moral y el orden público.

El Estado protege y garantiza indeclinablemente este derecho como medio para la cohesión de la identidad nacional, la lealtad a la patria y sus símbolos, el enaltecimiento cultural y social de los ciudadanos y ciudadanas, que posibilita el desarrollo pleno de su personalidad, como herramienta para promover, mejorar y resguardar la salud de la población y la ética, favoreciendo su pleno desarrollo físico y mental como instrumento de combate contra el sedentarismo, la deserción escolar, el ausentismo laboral, los accidentes en el trabajo, el consumismo, el alcoholismo, el tabaquismo, el consumo ilícito de las drogas, la violencia social y la delincuencia”.

“Artículo 73 Procedimiento aplicable

Para la investigación, determinación de responsabilidad y aplicación de sanciones se seguirá el Procedimiento Administrativo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como garantía plena del debido proceso, con excepción de las infracciones cometidas por personas naturales durante el desarrollo de encuentros deportivos o entrenamientos. Nadie podrá ser sancionado de por vida o por tiempo indefinido. La persona o entidad sancionada tiene derecho a apelar ante la instancia superior a la que impuso la sanción”.

“Artículo 74 Reglas mínimas para infracciones y sanciones

... 5. Prohibición de doble sanción por los mismos hechos, la aplicación de los efectos retroactivos favorables, la prohibición de sancionar por infracciones no tipificadas con anterioridad al momento de su comisión y, en fin, la aplicación de los principios que rigen el ejercicio de potestades disciplinarias y sancionatorias”.

Sin ánimo de profundizar más en la legislación y jurisprudencia venezolana, que excedería el propósito este trabajo, entendemos que, en cuanto al hecho mismo de intervenir en la cuestión por parte del Comité Honorario de Fepocive, responde a la concepción del deporte como un derecho que el estado bolivariano protege *”indeclinablemente”* unido, lógicamente, a que el sistema de sanciones debe aplicarse

con “*garantía plena del debido proceso*” y la ya mencionada concepción del principio de presunción de inocencia.

Además, por qué no decirlo, no podemos obviar el hecho de que la República Bolivariana de Venezuela, por sus recientes avatares políticos, actúa de forma notoriamente celosa, y en ocasiones incluso desafiante, frente a posibles interferencias de organismos internacionales de carácter político, y no es de extrañar que también lo haga ante organismos internacionales del ámbito deportivo. Asimismo parece que la estructura política de la República implica una mentalidad tutelar y protectora del ciudadano, fruto de su particular ideología política, en cuyo contexto no nos parece extraño que la Federación Venezolana desafiara, por así decirlo, una decisión tomada en base a un Código Mundial antidopaje, y que lo hiciera fundando su resolución en derechos reconocidos y proclamados en su propia Constitución y Ley Orgánica puesto que, insisto, tal actuación se corresponde con la idiosincrasia que ha puesto de manifiesto con la forma de gobernar que se ha institucionalizado en dicho país desde la elección del ahora ya difunto presidente Chávez.

A nuestro entender, no obstante, esta confrontación entre las autoridades deportivas venezolanas y la Federación Internacional, al pretender las primeras sustentar su decisión en normas nacionales, que concluye con un laudo del TAS dando la razón a esta última, no aporta demasiado al debate, pues no incorpora novedad alguna, más allá de la, digamos, anecdótica defensa numantina de una nacional venezolana frente a las normas de una Federación internacional a la que estaba, y está, voluntariamente incorporada la Federación Venezolana, y a la que está afiliada la deportista.

Que un país, por sus autoridades deportivas, administrativas o judiciales, se oponga a la aplicación de la normativa de una Federación internacional, no es ni novedoso ni sorprendente, pues lo que sí sería realmente novedoso sería que el TAS acogiera las pretensiones de una Federación nacional que pretendiera acogerse a su derecho interno frente a las obligaciones libremente asumidas por la incorporación a una Federación internacional y/o la adhesión a un Código Internacional, en este caso antidopaje.

Es más, como también veremos al analizar este laudo desde el punto de vista de la responsabilidad objetiva, en el fondo la Federación internacional se ha limitado realmente a reiterar lo ya sabido, esto es la responsabilidad objetiva del atleta por las sustancias que han entrado en su cuerpo, y en ese sentido ha dictado el TAS el correspondiente laudo.

Resulta asimismo interesante observar cómo se argumenta por el árbitro que, una vez asumido el Código por la correspondiente federación, debe respetarse la garantía de igualdad con otros atletas que están en la misma situación de discapacidad, lo cual se contrapone como argumento a las pretensiones de exoneración de culpa formuladas por la atleta, otorgando por tanto preponderancia a la garantía de igualdad entre competidores respecto a la presunción de inocencia invocada por la apelante.

B.- ELABORACIÓN DE UNA FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TAS

Una vez realizada la labor de examen de los laudos que hacen referencia al principio de presunción de inocencia, concretamente aquellos de acceso público y fechados hasta Diciembre de 2014, vamos a formular cómo resultaría el principio de presunción de inocencia si, a la definición que provisionalmente hemos formulado a la luz del derecho español, aplicamos las aportaciones que resulta de la jurisprudencia del TAS.

Para ello, vamos a proceder a identificar los conceptos principales sobre los que se pronuncia el TAS a la hora de analizar el principio de presunción de inocencia y formularemos las afirmaciones que resulten aplicables en virtud de lo decidido por el TAS en cada apartado.

Para una mejor facilidad de análisis, señalamos los siguientes apartados:

- a) carácter del derecho aplicable
- b) Alcance del principio
- c) La prueba
- d) La aplicación de la sanción

Pasamos a continuación a examinar cada uno de ellos.

a) Carácter del derecho aplicable

El TAS señala de modo claro que no se trata de derecho penal, ni siquiera cuando tratamos de las sanciones por dopaje. Así se señala por ejemplo en el laudo 98/211 que, con cita del 98/208 afirma:

“26.- El estándar de prueba requerida por la federación es alta: menos que el estándar penal pero más que el estándar civil ordinario.... Adoptar un estándar

penal (en todos los casos, cuando el cargo disciplinario no es una ofensa criminal) es confundir el derecho público del estado con el derecho privado de una asociación. (véase CAS 98/208)”.

Se trata por tanto de derecho privado de una asociación.

Por otro lado, el CAS 2001/A/337 B recuerda también que la presunción de inocencia y la prueba *"más allá de la duda razonable"*, son conceptos de derecho penal que no ha lugar a aplicar porque el proceso está enteramente regulado por principios de derecho civil.

Es en el laudo 2011/A/2433 donde mejor se aclara la cuestión y, con cita de Sentencia del Tribunal Federal Suizo, se afirma que el procedimiento de sanciones disciplinarias deportivas nada tiene que ver con la sanciones de tribunales penales. Así se dice:

“Está generalmente admitido que la pena estatutaria representa una de las formas de la pena convencional que se basa por lo tanto en la autonomía de las partes y puede así ser objeto de una sentencia arbitral. [...]. En otras palabras, la pena estatutaria no tiene nada que ver con el poder de punición reservado a los tribunales penales [...], e incluso si reprime un comportamiento que es asimismo sancionado por el Estado” (Sentencia del Tribunal fédéral de 15 marzo 1993, Gundel c. FEI, consid. 5a; Colección TAS I, p. 545; parcialmente publicado en ATF 119 II 271)”.

Ahora bien, que sea derecho civil y privado no significa que esté exento de control jurisdiccional, sino que ese mismo laudo, y nuevamente con cita de Sentencia del Tribunal Federal Suizo, reconoce que debe cumplirse el derecho a un proceso equitativo, por ser una cuestión de orden público procedimental en derecho suizo.

Así, se afirma:

“.....ciertas garantías procedimentales derivadas del artículo 6.1 de la CEDH, en los litigios sobre los derechos y obligaciones de carácter civil, son indirectamente aplicables incluso ante un tribunal arbitral – especialmente más en materia disciplinaria. Esto se debe al hecho de que la Confederación suiza, en tanto que parte contratante en el CEDH, debe velar por que, en el momento de aplicar las

sentencias arbitrales (en el estadio de ejecución de sentencia o con ocasión de una apelación tendente a su anulación), los jueces se aseguren que las partes del arbitraje se hayan podido beneficiar de un proceso equitativo, llevado a cabo dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial.

25. Las formaciones del TAS han de todos modos buscado siempre garantizar a las partes el respeto a los principios fundamentales de procedimiento, acordes a la noción de orden público procedimental tal como se define por la jurisprudencia del Tribunal federal Suizo:

“El orden público procedimental garantiza a las partes el derecho a un juicio independiente sobre las conclusiones y basado en los hechos sometidos al tribunal de manera conforme al derecho procesal aplicable; hay violación del orden público procedimental cuando los principios fundamentales y generalmente reconocidos han sido violados, lo que conduce a una contradicción insoportable con el sentimiento de justicia, de tal suerte que la decisión aparece incompatible con los valores reconocidos en un Estado de derecho” (Sentencia del Tribunal federal de 11 Junio 2011, Abel Xavier c. UEFA, consid. 2d, ibídem)”.

En consecuencia, a la luz de los laudos revisados, y en cuanto al derecho aplicable, creemos que cabe afirmar lo siguiente:

El derecho aplicable a los procedimientos sancionadores es de carácter civil y privado, pero debe garantizar a las partes el respeto a los principios fundamentales de procedimiento, acordes a la noción de orden público procedimental según el derecho suizo.

b) Alcance del principio

En aplicación del principio de presunción de inocencia se rechazan aquellas sanciones que se fundamentan en la iniciación de un procedimiento penal, pero cuya conclusión está aún pendiente en el momento de sancionar. Así resulta en efecto del laudo 95/142L al rechazar la cancelación de un contrato fundada en la mera imputación de un deportista y en el mismo sentido el laudo 00/002 que anula la

sanción a un atleta acordada en virtud de estar incurso en un procedimiento penal en calidad de imputado.

Sin embargo, esta aplicación del principio no afecta a aquellos códigos éticos o de conducta en los que explícitamente se haya previsto una determinada sanción, típicamente el apartar al atleta de determinado cargo mientras esté incurso en un proceso de investigación y aunque no se haya resuelto aún. Así, por ejemplo el laudo 2008/A/1539 admite la sanción sanciona por vulnerar una carta de conducta, un código ético, por la implicación del atleta en unos hechos, en este caso una pelea de bar, que se consideran impropios de un miembro del equipo olímpico, pues la presunción de inocencia operará, en su caso, respecto al proceso penal que de los hechos se derive, pero no en la aplicación del código ético específicamente aceptado por el atleta, que además ha reconocido los hechos. Podríamos asimilar la situación a la de los políticos que tan pronto son imputados se ven forzados a dimitir por normas internas de sus partidos. Esta conducta no es un reconocimiento de culpa, ni vulnera la presunción de inocencia, sino que simplemente supone la aplicación de un código ético libremente pactado, aunque sin duda afecta en cierta medida al derecho a ser “tenido por” inocente en tanto no se dicte un pronunciamiento en su contra con arreglo a derecho.

De modo prácticamente idéntico podemos calificar el laudo CAS 2008/A/1605, con conducción temeraria y abandono de la escena de un accidente, pues realmente lo que se hace es aplicar un código ético vulnerado precisamente por la mala fama que el atleta tiene a causa de su conducta, sin perjuicio de que posteriormente resulte o no culpable.

En consecuencia, cabe formular lo siguiente:

La presunción de inocencia supone que el acusado se presuma inocente y no soporte consecuencias que serían propias de la condena hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada, salvo que exista una normativa previamente aceptada que explícitamente lo prevea.

c) La prueba

Es en cuestión de prueba donde encontramos mayor número de pronunciamientos del TAS, y, como veremos, con una variación relevante de la línea jurisprudencial.

El TAS parte de la necesidad de ser exigente en la prueba exculpatoria, en casos de dopaje, para no “*comprometer la eficacia de la lucha contra el dopaje*”, como enuncia en el laudo 95/141, en el que aún cuando admite la contraprueba en caso de positivo en dopaje, declara que la contraprueba debe alcanzar el grado de “*casi certeza*”.

Por otro lado, cabe recordar que, como ya hemos indicado en el apartado anterior a) en cuanto al carácter del derecho aplicable, el TAS reconoce ya en laudo 98/211 que, aunque no cabe adoptar un estándar penal “*El estándar de prueba requerida por la federación es alta: menos que el estándar penal pero más que el estándar civil ordinario*”, pero a la vez exige el máximo rigor de la prueba de cargo, como resulta del laudo 2000/A/281, que argumenta el rigor exigible precisamente en que debe mantenerse la responsabilidad objetiva, con carácter general. El argumento viene a ser por tanto que si la mera presencia de la sustancia puede llevar a la sanción, prescindiendo de elementos intencionales del atleta, es procedente a la vez imponer una pureza de procedimiento de estándar alto.

A la pregunta que cabría formularse de qué consecuencias tiene el error de procedimiento, va a responder el CAS 2001/A/337 B, aclarando que tal rigor exigible no lleva necesariamente a invalidar la prueba, sino que tal consecuencia sólo podrá declararse si existen errores en la práctica de la prueba que llegan al extremo de a poner en duda su validez. En efecto, en ese laudo se acuerda ratificar la sanción pese a reconocer que la custodia de las muestras y, en definitiva, la práctica de la prueba, no ha tenido el rigor exigible, y lo hace, es decir ratifica la sanción, porque de todos modos queda acreditado que los errores en la práctica de la prueba no son de entidad tal para invalidarla. Así pues, la presunción de inocencia no opera de modo automático y en todos los supuestos en que haya errores de procedimiento o de obtención de pruebas, sino solamente en los casos en que tales errores sean de

suficiente entidad para dudar de la validez de las pruebas, pues tratamos de procedimientos que, aunque sancionadores, se rigen, dice el TAS, por derecho civil.

Este principio se reitera en el laudo CAS 2002/A/385 T que a su vez cita los argumentos del CAS 2001/A/317 A, afirmando que es jurisprudencia constante del tribunal que el incumplimiento de los procedimientos puede llevar a que el atleta reclame la nulidad de las sanciones, pero deja sin resolver cuál es el umbral de error o incumplimiento que determina la no imposición de la sanción en virtud de la presunción de inocencia, por lo que habrá que estar a cada caso concreto.

Es en la distribución entre las partes de la carga de la prueba, donde entendemos que se produce una modificación de la línea jurisprudencial.

En efecto, en el laudo 98/222 se sostenía que la carga de la prueba no era la misma por tratarse de procesos “*quasi penales*”, pues afirma que el principio “*in dubio pro reo*” o beneficio de la duda como emanación de la presunción de inocencia, se aplica “*en procedimientos criminales y similares*”, y que las dos partes no soportan igual carga de la prueba: mientras que la parte acusadora debe probar los hechos alegados con certeza, es suficiente para el acusado establecer razones para la duda. En consecuencia, dicho laudo los incardina en la categoría de, al menos “*similares*” y afirma que, habiendo establecido el acusado una duda razonable, en este supuesto respecto a producción endógena o exógena de la sustancia, y en virtud del principio expuesto, debe quedar sin sanción, ya que, dice, “*En línea con el razonamiento legal relativo al impacto legal de la “zona gris” desarrollado antes en este laudo, la evidencia que conduce a la duda razonable debería – en ausencia de otra evidencia – ser suficiente para conceder al Apelante el beneficio de la duda*”.

En definitiva, para el TAS, y en aplicación de la presunción de inocencia que un procedimiento sancionador debe contemplar, el vínculo causal entre el ilícito y la conducta previa debe estar absolutamente claro e indiscutible.

En cambio el laudo CAS 2001/340, en abierta contradicción con este criterio, sostiene que la carga de la prueba incumbe equitativamente a ambas partes, por tratarse de derecho de una asociación privada, y ser de aplicación especialmente el Código civil suizo. Así, dice:

“No es cuestión, en efecto, de reconocer al apelante el beneficio de la presunción de inocencia. Este principio no es aplicable más que en derecho penal. O, como ya se ha dicho, solo el derecho privado encuentra aplicación en el marco de un procedimiento disciplinario basado en la reglamentación estatutaria de una asociación privada. Así, de conformidad al derecho privado (especialmente al artículo 8 del Código civil suizo, que prevé que cada parte, debe, si la ley no prevé lo contrario, probar los hechos que alega para deducir su derecho) el TAS no puede mantener más que los hechos que considera como válidamente alegados y probados”.

Cabe también citar el llamado caso Contador laudo 2011/A/2384, si bien no se pronuncia directamente sobre la presunción de inocencia, sí incide en la misma por la vía de abrir la puerta a una flexibilidad en la prueba por parte del atleta de que la sustancia ha sido introducida por terceros, reconociendo la posibilidad de prueba de balance de probabilidades al 51 %. Esta posibilidad no supone en modo alguno la aplicación del principio de presunción de inocencia, sino simplemente el reconocimiento de que en este caso se dan las circunstancias objetivas para aplicar la probabilidad preponderante, por la imposibilidad de una prueba estricta.

Nos encontramos por tanto con dos afirmaciones contradictorias. Por un lado, como ya hemos dicho, según el 98/222, al tratarse de procesos no criminales pero “similares” cabe aplicar la presunción de inocencia, y, en cambio, a la luz del 2001/340, la carga de la prueba incumbe a ambas partes equitativamente por estar tratando de derecho de una asociación privada. Dicho de otro modo, decimos que existe contradicción porque se ha reconocido por el TAS que la carga de la prueba no es la misma para ambas partes por tratarse de procesos “quasi penales”, pero luego se afirma que la carga de la prueba se ha de aplicar equitativamente a ambas partes.

A nuestro entender, es éste último criterio es el que prevalece, por dos motivos.

En primer lugar, por ser más reciente, y por tanto el que debe servir preferentemente para su aplicación, a tenor del Código Civil Suizo, que en su artículo 1 establece:

“Art. 1

1 La ley se aplica según su redacción o interpretación a todas las cuestiones legales para las que contiene una disposición

2 En ausencia de una disposición, el tribunal decidirá de acuerdo con el derecho consuetudinario y, en ausencia del derecho consuetudinario, de acuerdo con la regla que lo haría como legislador.

3 Al hacer esto, el tribunal deberá seguir la doctrina y jurisprudencia establecida”.

En segundo lugar, debe prevalecer la interpretación de la equidad de la carga de la prueba porque, como señala el 2011/A/2433, con cita de Sentencia del Tribunal Federal Suizo *“la pena estatutaria no tiene nada que ver con el poder de punición reservado a los tribunales penales”* siempre y cuando, claro está, *“los jueces se aseguren que las partes del arbitraje se hayan podido beneficiar de un proceso equitativo”*.

Ahora bien, debemos aclarar que la no aplicación del principio de presunción de inocencia, no obsta a que sean exigibles otros principios que se han puesto de manifiesto al analizar cómo valora el TAS la prueba, puesto que, por ejemplo, que se exija un rigor de prueba en un estándar superior al civil ordinario pero inferior al penal, pues tal exigencia no convierte el proceso en penal ni impone aplicar las garantías propias de un proceso penal

Por otra parte, y precisamente porque se trata de derecho aplicar privado y no penal, se pueden admitir pruebas con tal que no sean contrarias al orden público procedimental suizo ni a los valores reconocidos en un Estado de derecho como afirma el laudo 2011/A/2433

Por todo ello, las afirmaciones que extraemos de los laudos relativos a la prueba, son las siguientes:

La presunción de culpabilidad por dopaje positivo puede revertirse por contraprueba, pero ésta debe alcanzar el grado de “casi certeza”

En la exigencia de prueba deberá aplicarse un estándar superior al civil ordinario, pero inferior en exigencia al penal

La prueba de cargo ha de ser practicada con el máximo rigor exigible.

Los errores en la práctica de prueba de cargo sólo la invalidan si llegan a poner en duda su validez, por tratarse de proceso regulado por principios de derecho civil.

El incumplimiento de procedimientos puede llevar a la nulidad de las sanciones

La carga de la prueba incumbe equitativamente a ambas partes, por tratarse de derecho de una asociación privada, y son admisibles todas las pruebas que no sean contrarias al orden público procedimental suizo ni a los valores reconocidos en un Estado de derecho

d) La aplicación de la sanción

En relación a la este apartado, el TAS ha dictado laudos que se refieren al principio de proporcionalidad y a la posible exoneración del atleta.

Sobre el primer extremo, nos encontramos que ya en el laudo 95/141 aplica el principio de proporcionalidad dadas las peculiares circunstancias del caso en el que hubo una admisión de culpa por un tercero, circunstancia evidentemente inusual, huyendo por tanto el TAS de imponer automatismos sancionadores.

En cuanto a la posible exoneración del atleta, en caso de dopaje, vemos que en el laudo 2000/A/281, y aun partiendo de que el TAS mantiene que para la lucha contra el dopaje es imprescindible mantener un criterio de responsabilidad objetiva equivalente a la mera presencia de la sustancia y prescindiendo, se afirma, de elementos intencionales, se admite sin embargo una vía de exoneración si el atleta consigue demostrar la intervención maliciosa de un tercero.

Este laudo significa sin duda una moderación del principio de responsabilidad objetiva, aunque sea de forma limitada y no equivalente a una aplicación del principio de presunción de inocencia como lo conocemos en derecho penal, pero, por otra parte, es una cierta quiebra a la responsabilidad objetiva en términos absolutos.

El laudo sigue manteniendo que para exonerarse no sirve excusarse en una receta médica pero, al tiempo, ya no mantiene una ecuación del tipo: “sustancia en el organismo=sanción”, sino que este rigor no se aplica ya si el atleta tiene la oportunidad de demostrar el acto malicioso de terceros.

En una línea argumental similar se encuentra el laudo 2001/A/317 que tras afirmar que si la actuación formal el procedimiento de recogida ha sido correcta, se genera una presunción de culpabilidad reconoce que la presunción de inocencia aunque solamente es de aplicación en el sentido de permitir al atleta demostrar la intervención maliciosa de terceros.

Por tanto, las afirmaciones que formulamos en este apartado son:

Las circunstancias particulares del caso deben tenerse en cuenta para aplicar el principio de proporcionalidad

La prueba de intervención maliciosa de un tercero exonera al atleta.

Vistas ya las principales aportaciones de los distintos laudos en cada concepto, la cuestión ahora es elaborar una definición amplia de la presunción de inocencia vistas dichas aportaciones que venimos deduciendo de la jurisprudencia del TAS.

Para ello, no partiremos de cero, sino que, puesto que creemos de una cierta validez universal la propia definición inicial que habíamos construido, haremos las modificaciones y/o añadidos sobre la misma que resulten de lo visto en la jurisprudencia del TAS, quedando como sigue:

La presunción de inocencia supone que el acusado se presuma inocente y no soporte consecuencias que serían propias de la condena hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada, salvo que exista una normativa previamente aceptada que explícitamente lo prevea.

En el ámbito deportivo, la presunción de inocencia es el derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida e incluye asimismo el derecho a que, por razón de la imputación de una infracción, y hasta que la culpabilidad haya sido legalmente declarada, el acusado se presuma inocente y no soporte consecuencias que serían propias de la condena, sin perjuicio de las medidas precautorias legalmente previstas.

El derecho aplicable a los procedimientos sancionadores es de carácter civil y privado, pero debe garantizar a las partes el respeto a los principios fundamentales de procedimiento, acordes a la noción de orden público procedimental según el

derecho suizo. Al tratarse de cuestiones disciplinarias en una asociación privada, podrán admitirse pruebas con tal que no constituyan una violación del orden público procedimental suizo o incompatibles con los valores reconocidos en un Estado de derecho, aún cuando en un proceso penal público tales pruebas pudieran haber sido rechazadas por el mayor estándar exigible en derecho penal.

En el ámbito deportivo, la exigencia de prueba no es equivalente en rigor al ámbito penal o criminal, sino que deberá aplicarse un estándar superior al civil ordinario, pero inferior en exigencia al penal.

La presunción de culpabilidad por dopaje positivo puede revertirse por contraprueba, pero ésta debe alcanzar el grado de “casi certeza”

La prueba de cargo ha de ser practicada con el máximo rigor exigible.

Los errores en la práctica de prueba de cargo sólo la invalidan si llegan a poner en duda su validez, por tratarse de proceso regulado por principios de derecho civil.

La carga de la prueba incumbe equitativamente a ambas partes, por tratarse de derecho de una asociación privada. En los casos en que se aplica responsabilidad objetiva, deberá exigirse el mayor rigor en la práctica de la prueba de cargo, por ser los procesos sancionadores de carácter quasi-penal. Asimismo, el atleta podrá exonerarse probando la intervención maliciosa de terceros

Para que una prueba de cargo sea válida, en el ámbito deportivo, se requiere que presente las siguientes características:

- *Actividad probatoria no lesiva de otros derechos fundamentales*
- *Actividad probatoria realizada respetando las garantías procedimentales y de seguridad de la prueba obtenida. El incumplimiento de procedimientos puede llevar a la nulidad de las sanciones, pero el Tribunal podrá apreciar que la vulneración de procedimientos no afecta a la veracidad de la prueba obtenida, y tenerla en tal caso por válida.*
- *Valoración de la prueba motivada*
- *Iter de la prueba al hecho probado que sea razonable por lógico*
- *Iter de la prueba al hecho probado que sea razonable por suficiente*

Las circunstancias particulares del caso deben tenerse en cuenta para aplicar el principio de proporcionalidad

La prueba de intervención maliciosa de un tercero exonera al atleta.

CAPÍTULO IV.- ¿APLICA EL TAS EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA? ¿DE SER ASÍ, CÓMO LO APLICA?

Al igual que hemos hecho respecto a la presunción de inocencia, y con el mismo criterio de búsqueda y selección empleado, vamos a analizar los laudos publicados que resulten de relevancia, y veremos cómo se pronuncian sobre la responsabilidad objetiva, para después reelaborar en su caso una definición de la responsabilidad objetiva a la luz de la jurisprudencia del TAS.

A.- ANÁLISIS DE LOS LAUDOS ESCOGIDOS

CAS 94/129 Federación de Tiro de EE.UU & Q. / Union Internationale de Tir (UIT), laudo de 23 Mayo 1995.

SINTESIS: Q. era un tirador que competía con el equipo nacional de Estados Unidos en una competición de tiro al plato en el Cairo, en el año 1994. Durante los días de la competición, el atleta había sido diagnosticado de bronquitis e infección pulmonar, y su médico le recetó Broncophane. Sometido a control de dopaje dio positivo de efedrina.

Aún cuando la UIT¹⁸¹ entendió que el tirador la había consumido exclusivamente con el jarabe para la tos Broncophane y sin intencionalidad de dopaje, entendió que debía sancionarle en atención al principio de igualdad de trato a los atletas puesto que Q. había competido bajo la influencia de Efedrina. Se anularon sus resultados de medalla y diploma y a la vez quedó descalificado para los juegos olímpicos. El TAS revocó esta decisión.

PRONUNCIAMIENTOS RELATIVOS A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“21. El Panel ha revisado los argumentos de la UIT con simpatía por los objetivos y las dificultades prácticas del programa antidopaje. Pero el hecho de que el Panel tenga simpatía por el principio de responsabilidad objetiva obviamente no permite al

¹⁸¹ Unión Internacional de Tiro.

Panel crear dicha norma donde no existe. Tampoco el hecho de que la UIT diga estar en proceso de adoptar estas normas con un principio de responsabilidad objetiva inspirado en el IOC justificaría la penalización en base a normas que aún no existe, y que ciertamente contradicen la norma actualmente en vigor.

34. La lucha contra el dopaje es ardua, y puede requerir normas estrictas. Pero los redactores de las normas y quienes deben aplicarlas deben empezar por ser estrictos con ellos mismos. Las normas que pueden afectar las carreras de atletas dedicados deben ser predecibles. Deben emanar de organismos debidamente autorizados. Deben ser adoptadas en formas debidamente constitucionales. No deberían ser producto de un oscuro proceso de acrecimiento. Los atletas y oficiales no deberían enfrentarse con una maraña de normas mutuamente excluyentes o incluso contradictorias que pueden entenderse solamente sobre la base de una práctica “de facto”¹⁸² durante el curso de muchos años de un pequeño grupo de empleados”.

COMENTARIOS: El laudo hace referencia a la inaplicabilidad de normas que no hayan sido previamente fijadas, negando la posibilidad de que se aplique por costumbre, o “*de facto*” en terminología del laudo, sanción alguna que no haya sido previamente regulada de forma clara. Obviamente se trata de reconocer el llamado principio de tipicidad, recogido en el aforismo “*nulla poena sine lege*” que ya hemos citado.

ASUNTO: Arbitraje CAS 95/142 L./ Fédération Internationale de Natation Amateur (FINA), laudo del 14 Febrero 1996.

SINTESIS: La Fédération Internationale de Natation Amateur (FINA), sancionó a un nadador por dopaje, a causa de la utilización de (*salbutamol*) sustancia que tiene un estatus especial porque puede ser consumida en determinadas circunstancias, mediante notificación previa, por lo que su mera presencia no implica *per se* la existencia de dopaje, pero la omisión de su declaración permite asumir que sí ha

¹⁸² Locución latina que significa “de hecho”, sin ajustarse a norma previa, normalmente usada en oposición a “*de iure*” que significa de derecho.

habido dopaje. Se toma en consideración también la reclamación de daños por incumplimiento contractual y por perjuicio de imagen (*infringement of personality*).

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“11. FINA alega que el uso de salbutamol por “L” no había sido notificado a la Comisión Médica del Comité Olímpico Internacional, tal como se requiere en las pautas de FINA, y que el apelante no había mencionado la medicación Ventoline en la “Declaración de medicación tomada recientemente” que fue cumplimentada durante el test de dopaje. Según FINA, estas obligaciones de notificación y declaración deben seguirse de forma estricta. De no ser así, la detección de salbutamol se considera un caso definitivo de dopaje, puesto que el principio de “responsabilidad objetiva” excluye cualquier excusa distinta de la previa notificación a la autoridad médica competente y la “declaración de medicamentos tomados” en el impreso de control de dopaje. En general, FINA no acepta la defensa de que una sustancia prohibida ha sido o bien ingerida no intencionalmente o incluso suministrada sin el conocimiento del competidor.

12. Las normas médicas de FINA (“MED”) prevén la aplicación de lo que generalmente se caracteriza como estándar de “responsabilidad objetiva” como un instrumento efectivo en la lucha contra el dopaje. Los paneles del CAS siempre han apoyado la aplicación de dicho estándar de “responsabilidad objetiva” en otros casos de dopaje (véase, p.e. TAS 94/129: “El panel considera que en principio los altos objetivos y las necesidades prácticas de la lucha contra el dopaje justifican ampliamente la aplicación de un estándar de responsabilidad objetiva”). Pero si se ha de aplicar tal estándar, debe ser articulado claramente.

13. El uso del término “responsabilidad objetiva” en el contexto del doping podría inducir a confusión: bajo el término “responsabilidad objetiva” se podría entender un concepto de responsabilidad similar al de responsabilidad civil, sin culpa ni acto dañoso, o comparable al caso de responsabilidad de producto (véase, p.e., HONSELL, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich 1995, 2 f.). No considera la

cuestión de culpa (o la “presunción de culpabilidad”) con respecto a la aplicabilidad de sanciones disciplinarias.

14. El concepto de “responsabilidad objetiva” como ha sido utilizado en casos de dopaje, no implica un elemento intencional”.

COMENTARIOS: El Laudo es muy relevante para nuestro estudio por cuanto acota el campo de la responsabilidad objetiva y, como veremos, supone un importante precedente para la consideración de supuestos similares por parte de paneles posteriores.

En efecto, podríamos afirmar que, en la concepción que subyace al laudo, se está situando la responsabilidad objetiva a caballo entre la responsabilidad civil (ordinaria) y la responsabilidad administrativa por producto del derecho de consumo y/o por el incumplimiento de normas administrativas en general, prescindiendo del concepto de culpa puesto que se trata de sanciones disciplinarias por mera infracción de la norma.

Entendemos por tanto que este laudo sitúa la responsabilidad objetiva, en casos de dopaje, por otra parte los más frecuentes para tratar este concepto, en una concepción similar a la que encontramos en nuestro derecho administrativo, es decir una responsabilidad por mero incumplimiento que, además, se incardina en la concepción doctrinal, que ya hemos citado, según la cual señala PALMA DEL TESO que se trata de una simple inobservancia, de una infracción de una norma de cuidado, que comporta una culpa levísima,¹⁸³ o como señala SANTOS BRIZ, *“la culpabilidad civil no sería otra cosa que la disconformidad del acto con la norma de conducta”*.¹⁸⁴

Este concepto que informa nuestro derecho administrativo sancionador es, a nuestro entender, por el momento y a falta de estudiar otros laudos, el que más se acerca a lo que estima el panel. Se detecta la sustancia, luego se sanciona, prescindiendo de culpa o intencionalidad.

¹⁸³ Vide pág. 109.

¹⁸⁴ Vide pág. 111.

Este criterio es el que encontramos, por ejemplo, como ya hemos dicho, en la legislación española de protección al consumidor, de marcado carácter administrativo, y ciertamente alejado del campo de la responsabilidad penal pura, como de hecho entiende el TAS al hablar de responsabilidad “*comparable al caso de responsabilidad de producto*”, lo cual entendemos sustancialmente equiparable a nuestra legislación de consumo.

ASUNTO: CAS 95/122 National Wheelchair Basketball Association¹⁸⁵ (NWBA)/ International Paralympic Committee (IPC) laudo de 5 de Marzo de 1996.

SINTESIS: El atleta parapléjico K. se lesionó durante un entrenamiento previo a los juegos paralímpicos de Barcelona 1992. Para su recuperación, tomó un analgésico llamado Darvocet, y dio positivo en pruebas de dopaje por presencia de Dextropropoxifeno.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

12.- Es cierto que las normas ICC no contienen una disposición que claramente llame la atención del lector al establecimiento del principio de responsabilidad objetiva (esto es: “definición de dopaje: un atleta en cuyo cuerpo se detecten sustancias prohibidas será culpable de dopaje”). Puede ser conveniente que tal disposición se articule. No obstante, el Panel está satisfecho con el que nadie sujeto a las normas ICC¹⁸⁶ podría llegar a la conclusión de que se les excusaría la ingestión de sustancias prohibidas. En efecto, la Guía Médica de Control editada para los juegos Paralímpicos de Barcelona 1992 bajo la autoridad del Dr. Riding y el Presidente Médico del ICC, hace referencia (en la introducción personal del Dr. Riding en la página 83) al “estricto plan de hacer frente al dopaje” del ICC y deja claro (id.) que motivos inocentes tales como aliviar tensión nerviosa o reducir la fatiga son, a estos efectos, no distintos de buscar una mayor fortaleza muscular o

¹⁸⁵ National Wheelchair Basketball Association (Asociación Nacional de Baloncesto en Silla de Ruedas)

¹⁸⁶ World Sports Organizations for the Disabled (Organización Mundial de Deportes para Discapacitados).

aumentar rendimiento, y declara (en página 91) que “la presencia de la droga en la orina constituye una infracción, con independencia de la ruta de administración”.

COMENTARIOS: Se hace referencia al hecho de que, aún no estando explícitamente formulada la responsabilidad objetiva como tal, no es preciso que así se formule, bastando que, como ocurre en las normas ICC, quede claramente de manifiesto que de tal clase de responsabilidad se trata. Lo importante, para el TAS, es que ningún deportista sujeto a las normas ICC puede llegar a pensar que se le excusará por consumir sustancias prohibidas.

ASUNTO: Arbitraje TAS 95/141 C/Fédération Internationale de Natation Amateur (FINA) laudo de 22 Abril de 1996.

Nos limitamos a citar el laudo, sin entrar en su análisis, dado que se trata de un caso de dopaje de un nadador, con circunstancias y argumentación lo bastante similares al 95/141 como para que entendamos innecesario repetirlos.

ASUNTO: Arbitrajes TAS 95/150 de 28-6-1996, 96/149 de 13-3-1997, 98/208 de 22-12-1998 y 97/180 de 14-1-1999, varios atletas/ FINA.

Se trata de cuatro arbitrajes que nos permitimos agrupar dada su relativa identidad. En todos ellos se trata de sanciones impuestas por la FINA por dopaje, y se reiteran cuestiones ya conocidas, y que serán más elaboradas en laudos posteriores, relativas a la carga de la prueba y la responsabilidad objetiva que entraña la mera presencia de la sustancia en el cuerpo del atleta.

Solamente creemos destacable que en el 96/149, que se trata de un jugador de waterpolo que utilizó Ventolin, y al que por tanto se le detectó salbutamol, se consideró por el panel que se trataba de una infracción de carácter técnico, de la que culpó a la Federación neozelandesa por no haber informado previamente de que se

iba a tomar esa medicación, y, por ello, considera que hubo *“incumplimiento de procedimientos en lugar que abuso de sustancia”*.

ASUNTO: Arbitraje TAS 98/214 B. / Fédération Internationale de Judo (FIJ), 17-3-1999.

SINTESIS: Nos remitimos a lo ya transcrito al analizar este laudo respecto a la presunción de inocencia.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“8. Según la jurisprudencia del TAS, es imperativo que las federaciones deportivas internacionales tengan la posibilidad de revisar las decisiones de las federaciones nacionales en los casos de dopaje. El poder así conferido a la federación internacional tiene notablemente por objeto prevenir el riesgo de que la competición internacional sea falseada, en la hipótesis en que una federación nacional no sancionaría o sancionaría de manera demasiado clemente a uno de sus miembros, para poderle permitir participar en una prueba importante (TAS 96/156, F.c. FINA, 10 Octubre 1997)

16...”Según esta jurisprudencia, el sistema de la responsabilidad objetiva debe prevalecer cuando la equidad deportiva está en juego”.

COMENTARIOS: Nos fijamos en primer lugar en el último párrafo por cuanto realmente señala el que para el TAS va a ser un fundamento esencial de la responsabilidad objetiva, esto es la equidad.

El diccionario de la Real Academia, define la equidad, en su quinta acepción, como:

“disposición del ánimo que mueve a dar a cada uno lo que merece”

El fundamento de este precepto lo encontramos en uno de los "*Tria Praecepta Iuris*" o tres principios del derecho de Ulpiano, concretamente el "*suum cuique tribuere*" o dar a cada uno lo suyo.

En efecto, parece que la aplicación objetiva de una norma quiere relacionarse con un trato igual a todos los competidores, aunque no especifica el panel por qué la aplicación objetiva de una norma es más equitativa que la aplicación subjetiva.

Es más, si equidad es dar a "*cada uno lo que se merece*" se diría que si uno quiere respetar ese principio, de lo que se trata es de, a la hora de aplicar la normas tener presente precisamente lo contrario, es decir las circunstancias subjetivas que hacen a cada uno merecedor de una u otra sanción.

Es por ello que creemos que lo que en realidad quiso decir el TAS, y porque se trata precisamente de una cuestión de dopaje, cuya esencia es una mejora de rendimiento, es que la aplicación objetiva de la norma lo que pretende es mantener una "*equidad deportiva*" entendiendo como tal una igualdad de situación de todos los competidores ante un evento deportivo.

Sustentamos nuestra opinión en el análisis del contexto del laudo, singularmente el párrafo transcrito primero, en el que el TAS reitera un rechazo a la aplicación subjetiva de la norma, como fuente de posible falseamiento de la competición y es por ello que, en definitiva, pensamos que el TAS no está citando la equidad en el mismo sentido jurídico que ya citaba Ulpiano, sino más bien en otro sentido, también relacionado con la justicia, pero que tiene más que ver con la imparcialidad en el trato que se entiende mejor garantizada por la aplicación objetiva de la norma, que con la equidad propiamente dicha.

ASUNTO: Arbitraje CAS 98/211 B. / Fédération Internationale de Natation (FINA), laudo del 7 Junio 1999.

SINTESIS Y PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA: Nos remitimos a lo ya transcrito al analizar este laudo respecto a la presunción de inocencia.

COMENTARIOS: Como ya hemos apuntado al analizar este laudo, entendemos que introduce un importante factor corrector a la responsabilidad objetiva, pues el TAS distingue los casos de conciencia del acto, o “*mens rea*”, con consciencia de antijuricidad, de aquellos otros que no la exigen, lo cual se acerca más al concepto de “*mera inobservancia*” de nuestro derecho administrativo, de mera inobservancia de la norma.

ASUNTO: Arbitraje CAS 98/222 B. / International Triathlon Union (ITU), laudo del 9 Agosto 1999.

SINTESIS: Nos remitimos a la síntesis del caso ya expuesta al tratar de este laudo al estudiar la presunción de inocencia.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“1.- Las bajas concentraciones de metabolitos de nandrolona no permiten concluir fehacientemente la ingestión de nandrolona. En otras palabras, parece estar más allá de duda científica que tan bajas concentraciones cayendo dentro de lo que a menudo se cita como la “zona gris” (esto es concentraciones entre 2,0 y 5,0 ng/ml), pueden también ser el resultado de producción endógena del cuerpo humano. Cuando la concentración de nandrolona cae dentro de la “zona gris, la probabilidad de que la nandrolona se produzca endógenamente, decrece exponencialmente dentro de los límites de la “zona gris”.

2.- La norma de responsabilidad objetiva es esencial e indispensable para una lucha eficiente contra el dopaje en el deporte y por la protección de la justicia hacia todos los competidores, y de su salud y bienestar. El principio de la regla de responsabilidad objetiva no exime a las federaciones de probar la existencia de una infracción de dopaje. El efecto de cualquier norma legal imponiendo la responsabilidad objetiva es meramente hacer obsoleta la prueba de culpabilidad de parte de la persona sujeta al régimen de responsabilidad objetiva, mientras que por

otro lado tal norma no elimina la necesidad de establecer el hecho ilícito en sí mismo y el vínculo causal entre el hecho ilícito y sus consecuencias.

3.- El impacto legal de la “zona gris” debería reflejarse en una norma tal que, en tales casos, el organismo sancionador no pueda ya depender de la presunción legal que la presencia de una sustancia prohibida es la consecuencia de una aplicación externa, sino que debería proporcionar evidencia adicional apoyando esta presunción o, al menos, excluyendo cualesquiera otras causas.

16.- Este panel comparte la opinión expresada en los laudos arriba citados que la norma de responsabilidad objetiva es esencial y, ciertamente indispensable, para una lucha eficiente contra el dopaje en el deporte y para la protección de la justicia hacia todos los competidores y de su salud y bienestar (cf. CAS 96/156 F. v. FINA p. 42). De hecho, en opinión de este panel, en lo que se refiere a la prueba de culpabilidad, la norma de responsabilidad objetiva debería construirse para ir incluso más allá que creando meramente una presunción de culpabilidad del lado del atleta. El concepto de “responsabilité objective”¹⁸⁷ en derecho civil (de donde esta norma se deriva) es más estricto que eso: al hacer al sujeto responsable sin tener en cuenta su culpa, hace irrelevante la cuestión de culpabilidad y permite la exoneración solamente en casos muy limitados y exhaustivamente detallados, tal como “force majeure”¹⁸⁸ o hecho ilícito de tercera persona (véase también la discusión del término “responsabilidad objetiva” CAS 98/222 B. / ITU, laudo del 9 Agosto 1999 en el contexto de dopaje en CAS 95/142 L. v. FINA, in Digest of CAS Laudos 1986-1998, op. cit., p. 230, n° 13).

17.- Aplicado a casos de dopaje, este concepto significaría que no sólo el ente sancionador no tiene la carga de la prueba de que el atleta es culpable por haber “tomado” la sustancia prohibida, sino también que incluso una prueba válida por el atleta de que no hubo culpa por su parte (es decir ni intención ni negligencia) no le exonerarían de responsabilidad. Ésta es, por una parte, una transposición fiel del concepto legal civil de daños de responsabilidad objetiva (distinguido de una “culpa supuesta”) y, por otro lado, también es la única interpretación capaz de asegurar

¹⁸⁷ Expresión en francés que significa “responsabilidad objetiva”.

¹⁸⁸ Expresión en francés equivalente a “fuerza mayor” en español o “vis maior” en latín. Se refiere a hechos que no se pueden prever ni evitar, y su apreciación por el Tribunal exime de responsabilidad.

una lucha eficiente contra el dopaje. Si una prueba válida del atleta de que él/ella no tuvo intención de ingerir la sustancia fuera suficiente para exonerar de responsabilidad, esto abriría las compuertas (para usar el lenguaje aplicado en CAS 96/156 F. v. FINA) a la exoneración en todos los casos donde las sustancias se hubieran absorbido sin saberlo, por ejemplo debido a la intervención de un entrenador, amigo o similar, esto es en casos que claramente deberían ser sancionados si la lucha contra el dopaje ha de ser eficiente.

18.- En otras palabras, al tiempo que se comparte la opinión, expresada en C. v. FINA (CAS 95/141, in Digest of CAS Laudos, op. cit., p. 220, n° 13), de que “si por cada caso las federaciones deportivas tuvieran que probar naturaleza intencional del acto..., la lucha contra dopaje se cometerían prácticamente imposible”. Este panel quisiera añadir que incluso la prueba de no intencionalidad o no negligencia por parte del atleta no sería suficiente para exonerarle de la responsabilidad objetiva. Esto parece estar en línea con la jurisprudencia del CAS, que ocasionalmente ha permitido defensas de “no culpabilidad, pero principalmente como una potencial circunstancia atenuante, esto es un elemento a ser tomado en cuenta para la determinación de la sanción apropiada o para una posible mitigación de una prohibición temporal automática impuesta por las normas de las federaciones deportivas (véase p.e. CAS 96/156 F. v. FINA, fundamento 13.2 y CAS 95/142 L. v. FINA, in Digest of CAS Laudos, op.

19.- La situación en el presente caso es, sin embargo, diferente de los citados más arriba. La cuestión no es si el apelante ha ingerido la sustancia prohibida intencionalmente o negligentemente sino si la ha ingerido.

20.- El principio normativo de responsabilidad objetiva no exime a las federaciones deportivas de probar la existencia de una infracción de dopaje. Tal como se ha discutido más arriba en el contexto de la ley General, el efecto de cualquier norma que imponga la responsabilidad objetiva es meramente hacer obsoleta la prueba de culpabilidad de parte de la persona sujeta al régimen de responsabilidad objetiva, mientras por otro lado la norma no elimina la necesidad de establecer el acto ilícito en sí mismo y el vínculo causal entre el acto ilícito y sus consecuencias”.

COMENTARIOS: El laudo argumenta la validez del principio de responsabilidad objetiva en atención a que sólo mediante la aplicación de dicho principio puede llevarse a cabo una lucha eficaz contra el dopaje, a la vez que menciona que, de no ser así, la exoneración del atleta infractor podría producirse de modo constante.

Presenta también el interés de hacer referencia explícita a que el principio nace del derecho civil. Como he expuesto más arriba en este trabajo, desde el punto de vista del jurista español, el concepto responsabilidad objetiva por mera inobservancia se haya principalmente ínsito en la legislación de carácter administrativo, por su naturaleza sancionadora, y no tanto en la de carácter civil. No obstante, hemos expuesto que en las leyes civiles sí existen supuestos de responsabilidad objetiva aunque no tan claramente formulados como *"mera inobservancia"*, cual es el caso del procedimiento administrativo sancionador, y todo ello sin perjuicio de la ya citada corriente doctrinal objetivadora, en la que hemos citado a SANTOS BRIZ, y que viene a entender la culpabilidad civil como disconformidad del acto como norma de conducta, bajo la óptica de una *"culpa social"*.

También vemos que, como va a ser una constante en otros laudos, la cuestión de la intencionalidad se relega a un segundo momento, esto es, a la decisión respecto a la gradación de la sanción aplicable.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2000/A/281 H. / Fédération Internationale de Motocyclisme (FIM), Laudo de 22 Diciembre 2000.

SÍNTESIS: Nos remitimos a la síntesis del caso ya expuesta al tratar de este laudo al estudiar la presunción de inocencia.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

"16. Como regla general, en los casos de infracciones de responsabilidad objetiva es suficiente que la federación pueda acreditar que se ha encontrado una sustancia prohibida en la orina del atleta y que el test positivo de la muestra no ha quedado

afectado por defectos procedimentales en el laboratorio. Por otra parte, no será necesaria una prueba adicional de negligencia o de conducta intencional puesto que la cuestión de culpabilidad no será tomada en consideración (para el concepto de responsabilidad objetiva véase CAS 95/142 L. v/ FINA, CAS Digest, p. 225, 230).

18. El panel señala que en principio los altos objetivos y las necesidades prácticas de la lucha contra el dopaje justifican ampliamente la aplicación del estándar de responsabilidad objetiva (CAS 94/129 USA Shooting & Q. v/ UIT, CAS Digest, p. 187, 194). Si las federaciones tuvieran que establecer siempre la naturaleza intencional del acto, la lucha contra el dopaje devendría prácticamente imposible (CAS 95/141 C. v/ FINA, CAS Digest, p. 215, 220).

25. El panel rechaza las alegaciones del apelante de que las normas antidopaje del FIM requieren una conducta intencional del atleta. El panel está convencido de que las Normas Médicas del FIM establecen el dopaje como una infracción de responsabilidad objetiva.

36. Finalmente, el panel rechaza nuevamente la alegación de que el Apelante no puede ser hallado responsable de haber cometido una infracción de dopaje puesto que no tenía conocimiento de que estaba usando una sustancia prohibida. En un caso de responsabilidad objetiva es irrelevante si el atleta sabía que estaba usando una sustancia incluida en la lista de dopaje. El panel observa que no es de conocimiento público que el MaHuang contenga efedrina. Por otra parte el panel es de la opinión que los productos y sustancias homeopáticas que no dan el nombre químico de las sustancias sino el nombre de las sustancias herbales, deben ser examinadas con gran cuidado por el atleta. Es claramente insuficiente para el Apelante preguntar a su preparador físico respecto a las sustancias contenidas en “Thermogen”. Un preparador físico normalmente no estará suficientemente cualificado para asesorar en asuntos farmacológicos”.

COMENTARIOS: Reiterada por el panel la ya conocida postura del TAS en cuanto a que a los efectos de la responsabilidad objetiva es irrelevante que el atleta supiera o no que la sustancia estaba prohibida, el laudo rebate el argumento de defensa

consistente en argumentar que las sustancias homeopáticas no contienen el nombre químico de las sustancias, sino el de las hierbas, y que por tanto son productos naturales, y lo rebate señalando que precisamente por ello debe el atleta tener un gran cuidado en el examen de dichos productos.

En este laudo por tanto, como en otros se ha visto, a la excusa del atleta fundada en su falta de intencionalidad, se responde con una afirmación por parte del TAS de que ha habido negligencia del atleta, cuando menos por una omisión del deber de cuidado que le impone las normas antidopaje.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2000/A/310 L. / International Olympic Committee (IOC), Laudo de 22 Octubre 2002.

SÍNTESIS: En los juegos olímpicos de Sidney 2000, al luchador se le encontró Nandrolona, y alegó errores en la toma de muestras, ruptura de la cadena de custodia, irregularidades en los análisis, y posibilidad de producción endógena de la sustancia.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“19. El CAS ha aplicado consecuentemente el principio de responsabilidad objetiva donde estaba justificado por los términos de las normas de control de dopaje en cuestión: CAS 95/141 C. v/ FINA, Digest I, p. 215 en pp. 219-220; CAS 95/142 L. v/ FINA, Digest I, p. 225 en pp.230-231; CAS 95/150 V. v/ FINA, Digest I, p. 265 en pp. 271-272; CAS 96/149 A.C. v/ FINA, Digest I, p. 251 en p. 257; CAS 98/208 N., J., Y, & W. v/ FINA, Digest II, p. 234; CAS OG 00/011 Raducan v/ IOC, Digest II, p. 665 en p. 670; CAS 2001/A/317 A. v/ FILA.

20. Por otra parte, el Tribunal Federal Suizo ha sostenido específicamente que las normas de control de dopaje que prevén responsabilidad objetiva son válidas bajo la ley Suiza: Tribunal Federal Suizo, G. v/ FEI, 15 Marzo 1993, Digest I, p. 561 en p. 575; Tribunal Federal Suizo, N., J., Y, & W. v/ FINA, 31 Marzo 1999, 5P.83/1999, Digest II, p. 775.

21. El principio de responsabilidad objetiva, y su aplicación en el contexto de las normas de control de dopaje como las que están en cuestión en esa aplicación debe, por otra parte, ser definida apropiadamente.

24. Si el IOC cumple su carga de prueba inicial, el principio de responsabilidad objetiva crea una presunción que se ha cometido una infracción de dopaje. La carga de la prueba se traslada entonces al atleta. Un atleta puede desvirtuar la presunción aduciendo clara evidencia para demostrar, por ejemplo, que el requisito procedimental de recogida de la muestra no se siguió, se rompió la cadena de custodia de la muestra, los contenedores de la muestra no estaban debidamente sellados, o que hubieron errores de laboratorio que ponen en cuestión los resultados del análisis de la prueba. CAS 91/56 S. v/ FEI, Digest I, p. 93 en pp. 96-97; CAS 92/63 G. v/ FEI,¹⁸⁹ Digest I, p. 115 en pp. 120-121; CAS 92/73 N. v/ FEI, Digest I, p. 153 en p. 157; CAS 2001/A/317 A. v/ FILA, no publicada.

26. Bajo el sistema de responsabilidad objetiva, la cuestión de si el atleta ha cometido la infracción de dopaje intencionada o negligentemente sólo deviene relevante en relación a la valoración de las sanciones disciplinarias que una federación deportiva pueda imponer al atleta, es decir la suspensión de competiciones futuras o multas. Con respecto a tales sanciones disciplinarias, se ha reconocido que es apropiado considerar los elementos subjetivos de cada caso al decidir si la sanción impuesta es justa y equitativa. : CAS 95/141 C. v/ FINA, Digest I, p. 215 en pp. 220-223; CAS 2001/A/317 A. v/ FILA, no publicada.

29. Habiendo decidido que el principio de responsabilidad objetiva, como se define más arriba, se aplica a la infracción de dopaje, el panel tomará ahora en consideración las pruebas en esta apelación.

37. Por las razones arriba expuestas, el panel concluye que el IOC ha cumplido su carga de la prueba inicial de probar los elementos objetivos de la infracción de dopaje. Consecuentemente, aplicando el principio de responsabilidad objetiva, existe una presunción que el Apelante cometió una infracción de dopaje según Capítulo II, Artículo 2.2 del OMAC¹⁹⁰. El panel debe a continuación considerar si esta presunción ha sido desvirtuada por el Apelante”.

COMENTARIOS: Más allá de las circunstancias específicas personales del laudo, podemos señalar que aporta una clarificación del enunciado de cómo se traslada la

¹⁹⁰ Olympic Movement Anti-Doping Code (Código Anti Dopaje del Movimiento Olímpico).

carga de la prueba al atleta una vez se ha establecido las circunstancias objetivas de la existencia de la infracción. En efecto, fijadas éstas, se traslada la carga de la prueba al atleta pero, nótese, no para que éste se escude en falta de intencionalidad, que no se admite como excusa absoluta, sino simplemente para que el atleta pueda desvirtuar la propia evidencia objetiva, sea por error de método, o de procedimiento. Así, la intencionalidad o no en el acto de consumo de la sustancia queda en un segundo plano, para pasar a tenerla en cuenta únicamente a la hora de fijar la “cuantía” o la “duración” de la sanción.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2000/A/312 L. / Fédération Internationale des Luttres Associées (FILA), Laudo de 22 de Octubre 2001.

SÍNTESIS: El 30 Septiembre de 2000, el atleta L. se clasificó primero en un evento de lucha libre en los XXVII Juegos Olímpicos en Sidney, Australia. Tras recibir la medalla de oro le fue practicado un control de dopaje, que, al tener lugar durante los juegos olímpicos, fue regulado bajo la exclusiva autoridad del COI sin intervención de ninguna clase de la FILA, resultando positivo y siendo sancionado, atenuando posteriormente el TAS la sanción impuesta. El panel se pronunció respecto a la responsabilidad objetiva y declaró su propia capacidad para tener en cuenta las circunstancias subjetivas del atleta y su intencionalidad a la hora de graduar las sanciones, además de pronunciarse respecto a la definición del dopaje según la normativa aplicable.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“26. Como muestran las normas citadas, existen ciertas obvias inconsistencias entre las varias definiciones de la infracción de dopaje según las normas FILA y OMAC. Concretamente, el panel encuentra en la apelación del IOC que los términos expresos del Capítulo II, Artículo 2.2 del OMAC justifican la aplicación a la infracción de dopaje del principio de responsabilidad objetiva que se define en la apelación del IOC. No es evidente que las normas de control de dopaje de FILA justifiquen la misma conclusión. Ciertamente, la constitución de FILA define la infracción de dopaje con específica referencia a la intención del atleta de que afecte

a su rendimiento. De todos modos, el Artículo 27.6 de las normas de dopaje de FILA especifica claramente que la definición del dopaje por OMAC debe prevalecer en procedimientos ante FILA y en esta apelación.

36. Si el apelante no cumple con su carga de prueba en relación al elemento objetivo de la infracción de dopaje, el panel debe, como segundo paso del análisis, evaluar si de todos modos existen “específicas y excepcionales circunstancias atenuantes que permitirán reducir la sanción” de conformidad con el artículo 26.5 de las normas de dopaje de FILA.

37. En esta apelación, el apelante presenta únicamente una argumentación que se refiere a la cuestión de si cometió la infracción de dopaje intencional o negligentemente (todas las otras argumentaciones del apelante en esta apelación se refieren a la cuestión del umbral de si cometió o no una infracción de dopaje, esto es el elemento objetivo de la infracción. El panel ha considerado y rechazado esas otras argumentaciones por las razones expuestas en la apelación del IOC). El Apelante alega que la elevada concentración de 19-norandrosterona detectada en las muestras A y B puede haber sido causada por suplementos alimenticios contaminados o medicación.

38. Sin embargo, como se discutió en el laudo de la apelación del IOC, el Apelante no ha aducido evidencia que apoye la argumentación fáctica de que consumió tales productos contaminados. El caso del Apelante puede ser contrastado con otros casos recientes de nandrolona en los que el atleta llegó hasta cierto punto a demostrar que había consumido un suplemento nutricional específico y que dicho suplemento estaba contaminado con precursores de nandrolona: CAS 2001/A/317 A. v/ FILA.

39. Como se explica más arriba, la Comisión Médica del IOC hizo la siguiente declaración respecto al Apelante: “El consenso general fue que claramente hubo un precursor de nandrolona en uno de los preparados que el atleta había tomado”. De todos modos, careciendo de alguna evidencia que el Apelante consumió un suplemento alimenticio contaminado o medicación, el panel no tiene base fáctica para evaluar si lo hizo intencionada o negligentemente.

40. Incluso si se asume que el Apelante consumió productos contaminados y que lo hizo no intencionalmente, el panel señala que el riesgo de consumir suplementos alimenticios contaminados con sustancias prohibidas es bien conocido en el mundo del deporte. En el caso reciente de nandrolona arriba mencionado, el panel del CAS hizo las siguientes observaciones respecto a este asunto: CAS 2001/A/317 A. v/ FILA: Como observación general, el panel observa que el mundo del deporte, y antes ya por cierto tiempo de los juegos de Sidney 2000, ha sido bien consciente de los riesgos derivados del uso de los llamados suplementos nutricionales, esto es el riesgo que puedan estar contaminados, o, de hecho, “pinchados” con esteroides anabolizantes sin que se haya declarado en las etiquetas de los envases. Ha habido numerosos casos de test positivo de nandrolona que se han atribuido a los suplementos nutricionales y se han publicado de modo extenso en la prensa deportiva., Este hecho fue el motivo probable para las notas de prensa del IOC en Octubre 1999 y Febrero 2000 (...) que dieron un inequívoco aviso respecto al uso de suplementos nutricionales importados y sin licencia y su posible deficiencia de etiquetado” Basado en el extenso conocimiento de los riesgos asociados a los suplementos alimenticios, y ciertos otros factores específicos al caso A. v/ FILA, en dicho caso el panel CAS mantuvo que el atleta en cuestión había sido negligente en el uso de tales productos incluso aunque las etiquetas de los suplementos alimenticios no detallaran ninguna sustancia prohibida CAS 2001/A/317 A. v/ FILA.

42. Por estas razones, el panel considera que el Apelante no ha probado que no haya cometido la infracción de dopaje sin intención ni negligencia. En consecuencia, es necesario proceder al segundo paso del análisis en relación a los dos años de suspensión por FILA.

43. Tras evaluar cuidadosamente las circunstancias de esta apelación, el panel concluye que existen “circunstancias atenuantes específicas y excepcionales” que justifican una reducción de la suspensión de dos años del Apelante de conformidad con el Artículo 26.5 de las normas de dopaje de FILA”.

COMENTARIOS: Entendemos que el interés de este laudo radica en el hecho que, aún cuando se mantiene la línea jurisprudencial de referirse a la responsabilidad objetiva del atleta en la existencia de sustancia prohibida en su organismo, ello no obstante, y cuando la normativa específica de la federación pertinente da pie a ello, como es el caso puesto que la normativa de la FILA hace referencia a la intencionalidad, se atenúa la responsabilidad en aplicación de la norma federativa.

Tiene también interés por cuanto el panel lleva a cabo una revisión de la sanción en atención a las circunstancias que considera excepcionales. De alguna manera, esta reducción de la sanción supone una quiebra, siquiera parcial, del principio de responsabilidad objetiva.

Lo que hace el panel es sostener el principio de responsabilidad objetiva como primera fuente de la decisión inculpatoria o absolutoria, pero, a continuación, acuerda tomar en cuenta las circunstancias subjetivas para evitar un automatismo en la sanción que parecería más coherente con una visión totalmente objetiva de la infracción.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2001/A/317 A. / Fédération Internationale de Lutttes Associées (FILA), laudo de 9 Julio 2001.

SÍNTESIS: Me remito a la síntesis del caso ya expuesta al tratar de este laudo al estudiar la presunción de inocencia.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“25. El panel llega a una conclusión diferente respecto a la suspensión del atleta de futuras competencias. El denominado "principio de responsabilidad objetiva", esto es una norma abogada por el demandado según la cual la mera presencia de una sustancia prohibida en el cuerpo del atleta justifica la suspensión, no respeta suficientemente, en opinión del panel, el derecho a la personalidad del atleta ("Persönlichkeitsrecht") tal como viene establecido en los artículos 20 y 27 y

*siguientes del código civil suizo que deben aplicar los paneles del CAS (Art. 58 del Código de Arbitraje relativo a deportes). De hecho, bajo la ley suiza también las federaciones deportivas tienen la obligación de respetar el marco legal establecido por los artículos 20 y 27 y siguientes del código civil suizo (BADDELEY M., *L'association sportive face au droit*, Basel et al. 1994, p. 227).*

27. Para decidir si una norma de "responsabilidad objetiva" es apropiada bajo la legislación suiza, el panel tiene que sopesar los intereses de la Federación con los del atleta, en particular su derecho a la personalidad (véase BADDELEY M., op. cit., p. 239).

31. Cuando se sopesan los intereses de ambas partes, el panel es de la opinión que los intereses del atleta prevalecen sobre los de la federación en hacer cumplir la norma de "responsabilidad objetiva". El punto de vista contrario sólo sería aceptable si la regla de responsabilidad objetiva fuera la única arma significativa en la lucha contra el dopaje (véase BADDELEY M., in: FRITZWEILER J. (ed), op. cit., p. 9, 22; SCHERRER U., op. cit., p. 119, 127; véase también CAS 95/142 L. v/ FINA, Digest, p. 225, 231). Como se mostrará más abajo, hay otros medios, en particular en la asignación de la carga de la prueba, para asegurar una efectiva lucha contra el dopaje sin aceptar el riesgo de sancionar a un atleta que no es culpable por una infracción o cuyo nivel de culpabilidad no justifica la plena aplicación de la sanción.

39. El principio de presunción de culpabilidad y la refutación del mismo por el atleta se ha aplicado también por numerosas decisiones del CAS, no solamente respecto a las normas del FEI¹⁹¹ que prevén expresamente una presunción de culpabilidad, sino también en conexión con normas que parecen seguir un sistema de responsabilidad sin culpa (véase CAS 91/56 S. v/ FEI, Digest, p. 93, 95; CAS 92/63 G. v/ FEI, p. 115, 120; CAS 92/73 N. v/ FEI, Digest, p. 153, 157; CAS 92/86 W. v/ FEI, Digest, p. 161, 163; CAS 98/204 R. v/ FEI, p. 8; CAS 91/53 G. v/ FEI, Digest, p. 79, 87; véase en particular: CAS 95/141 C. v/ FINA, Digest, p. 215, 220; CAS 96/156 F. v/ FINA, p. 40 et seq.; CAS 98/214 B. v/ FIJ, Digest II, p. 319; CAS 99/A/252 FCLP v/ IWF, p. 22 et seq.; CAS 2000/A/309 R. v/ RLVB, p. 5). Por otro lado, el panel es consciente del hecho de que han habido decisiones del CAS en las que el panel estaba dispuesto a aplicar estándares de responsabilidad objetiva respecto a suspensiones y no quería

¹⁹¹ Federación Ecuestre Internacional.

tener en cuenta los elementos subjetivos del caso en cuestión (véase CAS 98/208 N., J., Y., W.. v/ FINA, Digest II, p. 25; CAS 98/222 B. v/ ITU, Digest II, p. 336-337; véase también: CAS 95/150 V. v/ FINA, Digest, p. 265, 272). Sin embargo, debería señalarse que todas esas decisiones tuvieron en cuenta el nivel de “culpabilidad” de parte del atleta al establecer la duración de la suspensión. Debe también colegirse de estos laudos que su razonamiento estaba a menudo basado en argumentos invocados para justificar una simple descalificación. No consideraron el verdadero propósito de las suspensiones frente a la mera descalificación. Por estas razones el panel no está dispuesto a seguir estas decisiones.

40... en el presente caso, en el que ninguno de los elementos objetivos de la infracción se discuten, se presume que el apelante ha cometido la infracción intencional o negligentemente”.

COMENTARIOS: El laudo hace referencia expresa a la contradicción del principio de responsabilidad objetiva con el derecho a la personalidad establecido en el Código Civil Suizo. La norma más relevante respecto a la personalidad, en lo que afecta a los derechos que aquí se discuten, es el artículo 27 cuyo texto es:

“Artículo 27

- 1. Ninguna persona puede, total o parcialmente, renunciar su capacidad legal o su capacidad de actuar*
- 2. Ninguna persona puede entregar el control de su libertad o restringir el uso de la misma hasta un punto que viole la ley o moral públicas”.¹⁹²*

El panel entiende que la suspensión implica una restricción de la capacidad de actuar o de la libertad de la persona y, por ello, examina la colisión de esta restricción de derechos con los intereses de la federación, y la aportación que realiza este laudo al debate es que afirma que la norma de responsabilidad objetiva sería aceptable si fuera la única arma contra el dopaje, cosa que rechaza el panel para afirmar que lo

¹⁹² Código Civil Suizo de 10 Diciembre 1907.

que sí cabe es, derivando ciertamente de la responsabilidad objetiva, una asignación de la carga de la prueba al atleta. Entendemos por tanto que este laudo especifica claramente que la protección del principio de responsabilidad objetiva, que se estima necesario como ya hemos visto en tantos laudos para la lucha contra el dopaje puede concretarse en virtud de trasladar la carga de la prueba al atleta.

Asimismo, reiterando criterios de laudos anteriores, la cuestión subjetiva, la estimación de si existe o no intencionalidad, no se tiene en cuenta para valorar la imputabilidad sino que se traslada al campo de la valoración de la gravedad de la conducta, para fijar la sanción aplicable.

ASUNTO: Arbitraje CAS Ad hoc Division (Commonwealth Games in Manchester), CG 02/001 G./Commonwealth Games Canada (CGC) & Triathlon Canada (TC), Laudo del 2 Agosto 2002.

SÍNTESIS Y COMENTARIOS: Se trata de la aplicación de sanción por dopaje a un atleta canadiense de Triathlon en los XVII Commonwealth Games del año 2002. El laudo se limita a citar que la norma antidopaje se aplica bajo criterio de responsabilidad objetiva, sin aportar novedad alguna, por lo que no hacemos más comentarios al respecto.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2002/A/376 Baxter/International Olympic Committee (IOC), Laudo de 15 Octubre 2002.

SÍNTESIS: Se trata de un positivo de un esquiador de slalom en los juegos Olímpicos de Salt Lake City 2002 con retirada de medalla y diploma.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

No los transcribimos porque no aportan novedad significativa a la construcción jurisprudencial por el TAS de la responsabilidad objetiva por dopaje en deporte.

COMENTARIOS: El interés que apreciamos en este laudo es que la sustancia prohibida es algo tan cotidiano como el conocido inhalador Vicks y que el dopaje se produjo porque el atleta, británico, que tenía congestión nasal, adquirió el producto en Estados Unidos, y allí tiene una composición distinta al vendido en el Reino Unido ya que contiene levmetamfetamina.

Lo más llamativo del laudo es que quedó acreditado que dicho inhalador está en la lista de sustancias permitidas en el Reino Unido, y aunque parecería que cualquier persona no tiene por qué saber que la composición del mismo producto es distinta en varios países, no obstante esta circunstancia no exoneró de responsabilidad al atleta, procediéndose a la sanción en aplicación estricta del principio de responsabilidad objetiva.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2002/A/370 L./International Olympic Committee (IOC), laudo del 29 Noviembre de 2002.

SÍNTESIS: Con ocasión de los juegos olímpicos de invierno 2002, una esquiadora rusa, en la modalidad de 4x5 km. campo a través, dio positivo por dopaje con darbepoetin y fue sancionada, confirmando el TAS la sanción.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“20.- En estas apelaciones la sanción impuesta por el IOC fue, en cada caso, descalificación. La jurisprudencia del CAS reconoce que cuando la sanción es descalificación, la infracción de la pertinente norma antidopaje es de responsabilidad objetiva. En cambio, cuando la sanción a imponer incluye la suspensión, pueden tomarse en consideración las circunstancias subjetivas que rodean al uso por el atleta de la sustancia prohibida”.

COMENTARIOS: Como vemos, el laudo afirma que la sanción de descalificación es siempre objetiva ya que, por definición, no admite grados, y no cabe por tanto tener en consideración excepciones o matizaciones subjetivas.

Ahora bien, lo que el laudo también expresa es que si bien la descalificación no admite grados, en cambio es evidente que la suspensión sí admite grados, en la medida en que los plazos pueden fijarse por el organismo sancionador, y, por ello, sí cabe tener en cuenta las circunstancias subjetivas que concurren en un caso sancionable con suspensión. En consecuencia, esta admisión por el TAS de que pueden considerarse las circunstancias subjetivas, supone a nuestro entender una quiebra, siquiera parcial, del principio de responsabilidad objetiva.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2002/A/385 T. /International Gymnastics Federation (FIG), Laudo del 23 Enero 2003.

SÍNTESIS: Se trata de un caso de dopaje en el deporte de gimnasia rítmica, siendo la apelante una atleta que participó en los Good Will Games de 2011 en Brisbane, Australia, siendo sancionada y confirmando la sanción el TAS.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“8. Asimismo, el panel quiere puntualizar que hay jurisprudencia reciente del CAS según la cual las normas de la federación permitiendo la suspensión de un atleta por dopaje (en contraposición con la descalificación para un evento particular) sin culpa del atleta no respetarían suficientemente el derecho a la personalidad del atleta ("Persönlichkeitsrecht") tal como viene establecido en los artículos 20 y 27 y siguientes del Código Civil Suizo que el CAS debe aplicar (artículo 58 del Código; véase CAS 2001/A/317 A. v/ FILA, laudo de 9 de Julio de 2011, página 16 y siguientes). Según esta visión, es necesario que las federaciones presenten los elementos objetivos de la infracción de dopaje. Si las federaciones tienen éxito, se presume que el atleta es culpable de una infracción de dopaje pero él/ella tiene la oportunidad de refutar esta presunción probando que él/ella no actuó intencionada o negligentemente. El Tribunal Federal Suizo ha considerado repetidamente este sistema de inversión de la carga de la prueba compatible con el orden público (véase sentencia de 4 de Diciembre de 2000 5P.427/2000 R. v/ IOC, § 2 a), no publicada; sentencia 31 Marzo 1999, 5P.83/1999 N. et al. v/ FINA, Digest de Laudos CAS II, § 3

d), p. 781; sentencia de 15 de Marzo 1993 G. v/ FEI, Digest de Laudos CAS I, § 8 b), p. 575)”.

COMENTARIOS: El laudo no presenta novedad sustancial respecto a lo argumentado en el 2001/A/317, sino que únicamente lo cita como base jurisprudencial. Entendemos que dicho laudo 2001/A/317 sigue siendo el último referente jurisprudencial hasta ese momento de la construcción del sistema de responsabilidad objetiva y su compatibilidad con el derecho de la personalidad que reconoce el derecho suizo.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2002/A/399 P./Fédération Internationale de Natation (FINA), laudo de 31 Enero 2003.

SINTESIS: Se trata de un test de dopaje al que fue sometido un nadador en febrero de 2002, fuera de competición, y que dio positivo de Nandrolona, sancionando FINA y confirmando el TAS la sanción.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“22. El CAS considera que esta presunción legal y el sistema de desplazar la carga de la prueba es adecuado legalmente pese al hecho de que las sanciones disciplinarias en casos de dopaje son similares a las sanciones en procedimientos criminales donde el fiscal tiene normalmente la carga de la prueba no sólo en los elementos fácticos de una infracción sino también en el grado de culpabilidad de parte del acusado. En numerosas ocasiones el CAS ha tenido la oportunidad de confirmar esta norma de responsabilidad objetiva (F. v/ FINA 1996/156, p.42; C. v/ FINA 1995/141; G. v/ FEI 1992/63 confirmado por el Tribunal Supremo Suizo ATF 15 de Marzo de 1993 G. v/ FEI; FCLP v/ IWF 1999/A/252; A. v/ FINA 2001/A/317 p. 20 y los más recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo (Suizo) a este respecto 4 Diciembre de 2000, 5P. 427/2000, R. v/ IOC, § 2.a. (on

publicado);sentencia de 31 de Marzo de 1999, 5P. 83/1999, N. et al. v/ FINA en compendio de laudos CAS II, § 3d, p. 781)”.

COMENTARIOS: Consideramos importante que el TAS considere la similitud en las sanciones por dopaje con las sanciones penales, pues, a nuestro entender, tal comprensión es la que ayudará en laudos posteriores a abrir caminos para suavizar la responsabilidad objetiva.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2002/A/432 D./Fédération Internationale de Natation (FINA), Laudo de 27 Mayo 2003.

SÍNTESIS: El apelante es un nadador que participó en los Juegos Mediterráneos de Túnez el año 2011, como miembro del equipo griego. Tras obtener la medalla de plata en los 400 m. fue sometido a un control de dopaje resultando positivo por 19-norandrosterona (M1=33.7 ng/ml) Lidocaina. Fue sancionado y el TAS confirmó la sanción por dopaje.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“27.- El CAS ha mantenido en numerosos laudos que esta presunción legal y la asignación de la carga de la prueba es legalmente válida y ejecutable, a pesar del hecho de que las sanciones disciplinarias en casos de dopaje son similares a las penas en procedimiento criminal en el que la acusación normalmente soporta la carga no sólo de los elementos fácticos de una infracción, sino también de la presencia y grado de culpa de parte del acusado. En numerosas ocasiones, el CAS ha tenido la oportunidad de confirmar esta norma de responsabilidad objetiva en competiciones atléticas”.

COMENTARIOS: En este laudo el TAS reitera la posición jurisprudencial que tiene consolidada, sin perjuicio de reconocer la similitud entre las sanciones en casos de

dopaje con las penas en procedimiento criminal, pese a lo cual confirma la norma de responsabilidad objetiva de modo explícito.

ASUNTO: Arbitraje TAS 2002/A/423 PSV Eindhoven/Union des Associations Européennes de Football (UEFA), laudo de 3 Junio 2003.

SÍNTESIS: Los hechos tuvieron lugar en la Liga de Campeones 2002-2003, en un partido celebrado el 25 Septiembre 2002 entre el equipo holandés del PSV Eindhoven y el equipo inglés del Arsenal FC. Durante el partido se arrojaron objetos por una parte del público y se profirieron sonidos de carácter racista contra el jugador negro del Arsenal FC, Thierry Henry. El Delegado de UEFA definió la organización del evento como impecable. El TAS admitió parcialmente la apelación contra la sanción impuesta por UEFA y redujo sustancialmente su cuantía.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

20 *“Una interpretación puramente literal de esta norma sugiere que ya no es una cuestión de responsabilidad objetiva. Aún cuando esta disposición impone un deber de cuidado y diligencia, exigiendo de los clubs y asociaciones que hagan el máximo para garantizar el orden y la seguridad en y alrededor del estadio cuando tiene lugar un partido, el simple hecho de que ocurra un incidente no significa automáticamente que la asociación o club anfitrión deba ser penalizado. El organismo responsable de tratar tales incidentes tiene las manos libres para penalizar a la asociación nacional o club en cuestión según las circunstancias. Sería escandaloso si una asociación o club pudiera ser sancionado incluso aunque no hubiera cometido falta alguna en relación con la organización y mantenimiento del orden y la seguridad en el partido en cuestión”.*

COMENTARIOS: El pronunciamiento se refiere al artículo 6 de las normas disciplinarias de UEFA, cuyo redactado es el siguiente:

“Artículo 6 - Responsabilidad

1 Los miembros asociados y clubs son responsables de la conducta de sus jugadores, representantes, miembros, aficionados y cualesquiera otras personas ejerciendo una función en un partido en representación del miembro asociado o club.

2 Las asociaciones o club anfitriones son responsables por el orden y seguridad dentro y fuera del estadio antes, durante y después del partido. Son responsables por los incidentes de cualquier clase y pueden ser sometidos a medidas disciplinarias y directivas”.

Aún cuando en este laudo se reitera la referencia a la responsabilidad objetiva, entendemos que el argumento central es el que hemos citado, por lo que nos limitamos a éste. En efecto, el panel considera que la literalidad de la norma no puede llevar a una aplicación automática de sanción siempre que haya infracción, pues, por así decirlo, puede resultar imposible impedir unos hechos por más cuidado que se ponga. Lo que sí puede hacer el organismo sancionador es valorar si se ha aplicado el máximo nivel de diligencia o si no ha habido infracción alguna.

Nótese que de alguna manera se quiebra el principio de responsabilidad por conducta contraria a la norma, o por mera inobservancia, de los que venimos tratando, porque el TAS afirma que *“el simple hecho de que ocurra un incidente no significa automáticamente que la asociación o club anfitrión deba ser penalizado”*. Por tanto, cabría decir que si no significa que se penalice “automáticamente” es que, en puridad, no hay aplicación de responsabilidad objetiva.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2002/O/373 Canadian Olympic Committee (COC) & Beckie Scott/International Olympic Committee (IOC), Laudo de 18 de Diciembre 2003.

SÍNTESIS: El asunto se refiere a los XIX Juegos Olímpicos de Invierno de Salt Lake City en 2002, en los cuales, tras una prueba de Esquí Cross-Country femenino, los test antidopaje realizados revelaron la existencia de la sustancia prohibida Darbepoetin, y se solicitó la anulación de los resultados y redistribución de las medallas y diplomas.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“14. Como resultado, las partes han basado sus argumentos a través del procedimiento, esto es en las previas ponencias por escrito y en sus ponencias orales, en las disposiciones del OC¹⁹³ y del OMAC así como en la jurisprudencia del CAS relativa a casos de dopaje. El panel considera que al hacer esto las partes han hecho la correspondiente elección normativa. Consecuentemente, el panel decidirá la disputa en base a ello. La jurisprudencia del CAS ha refinado notablemente y desarrollado un número de principios de derecho deportivo, tal como los conceptos de responsabilidad objetiva (en casos de dopaje) e imparcialidad, que puede ser considerada parte de una emergente “lex sportiva”. Puesto que la jurisprudencia del CAS está ampliamente basada en una variedad de regulaciones de deportes, la confianza de las partes en precedentes del CAS en sus alegaciones añade a la elección de tal específico cuerpo jurisprudencial que abarca ciertos principios generales derivados de y aplicables a las normas deportivas”.

COMENTARIOS: De entre los pronunciamientos que este laudo contiene relativos a la responsabilidad objetiva, nos hemos limitado a citar el punto 14, por cuanto los otros comentarios son realmente una reiteración de principios ya especificados en anteriores, mientras que lo citado sí nos parece una aportación importante.

El panel hace referencia explícita a la existencia de una emergente “lex sportiva” atribuyendo al propio tribunal la aportación del desarrollo y refinamiento de principios de derecho deportivo. Así, el panel afirma la existencia de un concepto de responsabilidad objetiva, en casos de dopaje, como un principio de derecho deportivo, y que, por tanto, se apartaría en cierta medida del concepto de responsabilidad objetiva en general, reuniendo por tanto características diferenciadas, aunque el panel no las especifica.

¹⁹³ Olympic Code (Código Olímpico).

ASUNTO: Arbitraje CAS 2004/A/593 Football Association of Wales (FAW) v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), Laudo de 6 Julio 2004.

SINTESIS: El asunto consiste en la apelación presentada por la FAW ¹⁹⁴ interesando de la UEFA que sancione a la FUR ¹⁹⁵ por complicidad o cooperación en el caso de la alineación con la selección Rusa de Titov, un jugador que dio positivo en control de dopaje, por presencia de bromantan.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“26. El Panel está dispuesto a asumir, en favor de la FAW, que el cuerpo de Titov estaba libre de bromantan el 11 de Noviembre de 2003 y que su infracción de dopaje se cometió en un momento en que estaba bajo la dirección y el control de la FUR. No obstante, incluso asumiendo que la sustancia prohibida entró en el cuerpo de Titov después del 11 de Noviembre de 2003, no hay evidencia alguna de que la FUR cooperara intencionada o negligentemente en el uso de esa sustancia prohibida por Titov. Incluso desde un punto de vista lógico, es imposible para una federación o un club controlar a un jugador 24 horas al día; el jugador siempre tendrá la oportunidad más tarde o más temprano de ocultarse y tomar por sí mismo la sustancia prohibida.

27. Visto el resultado de que no hubo implicación de la FUR, independientemente de si Titov estaba o no dopado durante el partido de vuelta en Cardiff el 19 de Noviembre de 2003, el Panel no considera necesario intentar definir la diferencia entre un “cómplice” y un “instigador” en las normas disciplinarias de la UEFA. El Panel quisiera reiterar que, en principio, el enfoque de UEFA para orientar sobre los respectivos términos utilizados por la legislación criminal y civil Suiza y conectar ambas al artículo 12.1 de las normas disciplinarias de UEFA a fin de que se clarifique qué formas de culpa se requieren, parecen ser convincentes. El Panel, en consecuencia, desestima la apelación de la FAW en la medida en que no considera que la decisión del Organismo de Apelación estuviera viciada por error de derecho y

¹⁹⁴ Football Association of Wales (Asociación de Fútbol de Gales).

¹⁹⁵ Football Union of Russia (Federación Rusa de Fútbol).

resultara nula y sin efecto. El Panel desestima también la apelación en la medida en que no considera al FUR implicado en ninguna violación de dopaje afirmada por Titov. El Panel desestima la apelación en la medida en que constata que, puesto que no hay implicación de la FUR en ninguna infracción de dopaje, no hay base legal para sancionar a la FUR.

28. Aunque el Panel entiende y simpatiza con la preocupación de la FAW al haber jugado un equipo con una trampa, al menos en el primer partido, el Panel, como todos los organismos de UEFA implicados antes, tuvo que aplicar las normas de UEFA, y no permitir que su simpatía le distraiga o le dicte el resultado de la apelación”.

COMENTARIOS: Este laudo se centra en discernir la cuestión de complicidad o cooperación de una federación en la alineación de una deportista dopado.

Para mejor comprensión, transcribimos el artículo 12.1 de las normas disciplinarias de UEFA, que dice:

“Artículo 12 – Dopaje

1. Cualquier jugador que voluntaria o negligentemente utilice sustancias o métodos prohibidos será suspendido:

a) Durante 12 meses por la primera infracción

b) Durante 2 años en la primera reincidencia

c) Por más de dos años o indefinidamente por la segunda reincidencia.

2. La suspensión puede combinarse con una multa

3. Las Reglamentos que rigen los controles de dopaje en los partidos de competición de UEFA y la lista de sustancias y métodos prohibidos son autorizados.

4. *Las asociaciones implicadas, clubes e individuos serán responsables como cómplices o instigadores”.*

Este laudo hace una referencia expresa a lo dictado por el TAS en el laudo 2002/A/423, ya analizado, y que se pronunciaba sobre la aplicación o no de responsabilidad objetiva con ocasión de los incidentes ocurridos durante un partido de fútbol.

Se trata desde luego de supuestos de hecho sustancialmente distintos, pero en ambos casos lo que se considera por el TAS es hasta qué punto puede aplicarse de forma objetiva una norma, cuando el examen de las circunstancias revela que resulta imposible garantizar su cumplimiento.

En efecto, si en el laudo 2002/a/423, y en relación al artículo 6 de las Reglas Disciplinarias de UEFA, el TAS se opuso a “*una interpretación puramente literal de esta norma*”, en el caso de conducta incorrecta del público, en este laudo 2004/A/593, en el que se considera la aplicación del artículo 12 del mismo reglamento, se afirma que “*incluso desde un punto de vista lógico, es imposible para una federación o un club controlar a un jugador 24 horas al día*”, y en atención a esa circunstancia se exonera a la federación cuya sanción solicitaba el apelante.

En ambos casos, por tanto, se rechaza aplicar la norma de forma automática y sin tener en cuenta las circunstancias subjetivas, empleando, a nuestro juicio, un criterio más laxo en la aplicación de la norma.

Así pues, aún cuando coincidamos con el TAS en que correspondía exonerar a la FUR porque es realmente imposible el control absoluto de la situación por la federación, creemos no obstante que resulta evidente que la posibilidad de control que tiene una federación sobre sus seleccionados nacionales no es comparable a la que tiene la organización anfitriona de un evento sobre decenas de miles de aficionados presentes en un estadio.

Entendemos por tanto que el TAS está moderando sustancialmente tal norma del artículo 6 hasta el punto de prácticamente eliminar el carácter objetivo de la misma que, en una primera lectura, se desprende de su texto literal.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2004/A/ 690 H. v. Association of Tennis Professionals (ATP), laudo 24 de Marzo de 2005

SINTESIS: El tenista profesional H. participaba en un torneo en Viña del Mar, Chile en Febrero de 2004, y sometido a prueba de dopaje dio positivo por presencia de cocaína. El tenista alegó haber tomado té de coca y masticado hoja de coca, desconociendo que tendría el efecto de dar positivo en cocaína y alegando asimismo que la ATP nunca advirtió contra el uso de productos naturales, y que había tomado esas sustancias con ocasión de estar en Tucuman, a más de 3000 metros de altura, días antes del torneo y para combatir los síntomas de la altura, como es habitual en esa zona. La ATP le sancionó y el TAS confirmó la sanción, excepto en cuanto al período de cómputo de la misma.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“21. El apelante ha sido un jugador de tenis profesional que participa en el tour ATP desde 1994. Como atleta profesional debe ser considerado como altamente sensible y atento a las cuestiones de dopaje. El concepto de responsabilidad objetiva ha sido aplicado consecuentemente por federaciones deportivas internacionales (“IF”) y paneles del CAS y por último prescrito en el Código Mundial Antidopaje (WADC), así como se han hecho eco muchas normas antidopaje de Federaciones internacionales y del demandado. El principio de responsabilidad objetiva significa que un atleta es responsable por cualquier sustancia en su cuerpo, sin tener en cuenta las razones de dicha presencia y el grado de culpabilidad del atleta. Aunque hay excepciones a este principio de conformidad con las normas antidopaje inspiradas e influidas por el WADC, cada atleta debe considerarse sabedor del hecho de que es responsable de cualquier sustancia hallada en su cuerpo. Esto significa asimismo que cada atleta debe preocuparse respecto a las sustancias que él o ella están ingiriendo, en particular si se hace por motivos médicos”.

COMENTARIOS: El laudo fija con claridad que, más allá de excepciones puntuales, el principio es claro y exigente para todo atleta profesional, como es el caso, y se prescinde de las razones de presencia de la sustancia en el cuerpo. No obstante, esta afirmación será matizada por laudos posteriores, como veremos.

**ASUNTO: Arbitraje CAS 2004/A/725 United States Olympic Committee (USOC)
¹⁹⁶v. International Olympic Committee (IOC) & International Association of
Athletics Federation (IAAF), Laudo de 20 Julio de 2005.**

SÍNTESIS: El año 2004 el TAS dictó laudo considerando errónea la exoneración de la infracción de dopaje por hechos acaecidos en 1999, de la que era responsable un atleta llamado Mr. Jerome Young. Dicho atleta había participado en los juegos olímpicos de Sidney 2000 en la modalidad 4x100 relevos, por lo que al declararse el 2004 la infracción del 1999, resultaba que el atleta no hubiera debido ser alineado en la competición olímpica de 2000, y se discutía si los premios obtenidos debían anularse, siendo el caso que la infracción por un atleta iba a afectar a todo un equipo, debiendo interpretarse las normas del IAAF para un caso tan peculiar. La IAAF acordó anular los resultados y medallas obtenidos y el TAS revocó tal sanción.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“22. En A.C. v. FINA¹⁹⁷ en el que, como en este caso, la Federación Internacional en cuestión pedía una “construcción intencional” de las normas aplicables, el panel aún así aceptó la apelación del Apelante parcialmente (respecto a la sanción). Al hacer esto citó el enfoque tomado en CAS 94/129 y posteriormente declaró que la federación en cuestión cargaba con la responsabilidad de:

- Tomar las medidas necesarias para asegurar que los competidores bajo su jurisdicción estaban familiarizados con todas las normas, reglas, directrices y requisitos en un área tan sensible como el control de dopaje. [...]

¹⁹⁶ United States Olympic Committee (Comité Olímpico de EE.UU)..

¹⁹⁷ CAS 96/149, publicado en Digest of CAS Arbitrajes I 1986-1998, p. 251 en 261-262.

Es importante que la lucha contra el dopaje en el deporte, nacional e internacional, se libre sin descanso. Las razones son bien conocidas.... Es igualmente importante que los atletas en cualquier deporte..... conozcan claramente cuál es su situación. Es injusto si se les ha de hallar culpables de infracciones en circunstancias en las que ni sabían ni razonablemente podían haber sabido que lo que estaban haciendo era erróneo (para que no queden dudas no debe tomarse como que estamos diciendo que las infracciones de dopaje no deberían ser infracciones bajo responsabilidad objetiva, sino que la naturaleza de la infracción, como una de responsabilidad objetiva, debería ser conocida y comprendida). Para este propósito, incumbe a ambas federaciones nacional e internacional mantener al tanto de los preceptos de los códigos relevantes a aquellos bajo su jurisdicción”.

COMENTARIOS: Este laudo, cuyo subrayado lo hizo el propio panel, cita a su vez el CAS 94/129 en cuanto a la cuestión, que nos parece relevante, de la necesidad que las federaciones mantengan debidamente informados a sus asociados de la normativa que les pueda ser aplicable, y asimismo que se deje claramente sentado que no se puede sancionar por conductas que ni se sabían, ni razonablemente podían saberse que eran erróneas. Aunque lo afirmado pueda parecer una obviedad, entendemos que abre la puerta a alegaciones de circunstancias que al atleta le resultaban de imposible conocimiento o cuyo conocimiento sería una exigencia no razonable.

De los laudos que llevamos examinados queda claro que una exoneración por esta vía no va a ser aplicable a la ingesta de productos prohibidos, tal como viene fijando el CAS, pero ello no obsta para que otras circunstancias que ahora mismo no podemos ni siquiera prever pueda en cambio acogerse a este régimen, bajo la posibilidad abierta por este laudo.

ASUNTO: Arbitraje TAS 2005/A/958 R. c. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), laudo del 29 junio 2006.

SINTESIS: En Mayo de 2005 tuvo lugar el campeonato de Europa sub diecisiete de fútbol y un jugador holandés dio positivo en metabolito de cocaína. La UEFA le sancionó y el TAS mantuvo la sanción aunque modificando el plazo de suspensión.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“15. Según los términos del artículo 40.1 del Reglamento antidopaje de la UEFA (edición 2004), ésta debe establecer la realidad de la violación de las normas antidopaje. Cuando la presencia de una sustancia prohibida por el Reglamento antidopaje en el organismo o en los fluidos corporales del jugador está atestiguada por los resultados de un laboratorio acreditado por la AMA¹⁹⁸ tras un procedimiento ordinario de control antidopaje (art. 40.2 del Reglamento antidopaje de UEFA), de ello se sigue la presunción de un acto de dopaje.. Incumbe entonces al jugador o a las partes afectadas aportar la prueba contraria (art. 17.02 del Reglamento antidopaje y 12.2 de Reglamento disciplinario de UEFA).

16.- Estas disposiciones consagran el principio de la responsabilidad llamada “objetiva” (o “strict liability”) según la cual la mera presencia de una sustancia prohibida en la toma corporal de un atleta basta para constituir una violación de las normas antidopaje. Este principio enunciado por muchas Federaciones deportivas internacionales y nacionales y por el Código de la AMA se registra en numerosos laudos del TAS de manera firme y regular (cf. especialmente CAS 2002/A/432; CAS 2003/A/484; CAS 2005/A/690; CAS 2005/A/830; CAS 2005/A/922, 923, 926).

20. La débil cantidad de la sustancia prohibida encontrada en el organismo del jugador R. no constituye en sí un motivo de invalidación de los resultados científicos obtenidos. En efecto, la única conclusión científicamente comprobada que sería posible extraer es que esta débil cantidad no ha tenido el efecto dopante sobre el rendimiento del jugador (cf. en particular los informes de 15 y 22 junio 2005 por el

¹⁹⁸ Agencia Mundial Antidopaje.

Dr. Martial Saugy). Aún así, a la vista del principio de responsabilidad objetiva consagrado en el Reglamento antidopaje de la UEFA, la ausencia de efecto dopante sobre el atleta no constituye un elemento exculpatório”.

COMENTARIOS: El laudo deja muy claro que, aún cuando se comprobara científicamente que por la escasa cantidad de la sustancia no ha tenido efecto alguno, se mantiene la responsabilidad objetiva. Dicho de otro modo, se niega valor exculpatório a la prueba de inocuidad absoluta de la sustancia, extremo sobre el que el TAS se pronunciará en otras ocasiones y sobre el que incidiremos en nuestros comentarios y conclusiones finales.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2005/A/990 P. v. IIHF, Laudo de 24 Agosto 2006.

SÍNTESIS: Se trata de un caso de dopaje de un jugador Ucraniano de Hockey Hielo que participó en el campeonato del mundo de 2005 en Viena e Innsbruck en el equipo nacional de Ucrania, resultando positivo en test de dopaje.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“3.... La mera presencia de una sustancia prohibida en una muestra de orina de un atleta constituye una violación de las normas antidopaje. Se acepta comúnmente y se ha reconocido por el Tribunal Arbitral del Deporte en numerosos laudos que el llamado principio de responsabilidad objetiva no es objetable bajo la ley Suiza siempre que el atleta tenga el derecho de aducir contrapruebas respecto a su culpa o negligencia en relación con esta infracción de dopaje”.

COMENTARIOS: El laudo reitera la conocida jurisprudencia y cita una vez más que esta responsabilidad objetiva es conforme a la ley suiza.

ASUNTO: Arbitraje TAS 2007/O/1381 Real Federación Española de Ciclismo (RFEC) & Alejandro Valverde c. Union Cycliste Internationale (UCI), laudo 26 de Septiembre de 2007.

SINTESIS: Nos remitimos a la síntesis ya realizada más arriba al analizar este laudo respecto a la cuestión de la presunción de inocencia.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“24. Se trata por tanto de una responsabilidad objetiva en el estricto sentido del término, que tiene como fundamento el objetivo de preservar la igualdad de oportunidades entre competidores y que se justifica por la dificultad de medir en cada caso el efecto exacto de un producto prohibido sobre el rendimiento del atleta”.

COMENTARIOS: A lo comentado sobre este auto en relación a la presunción de inocencia, sólo queremos añadir lo expresado en este párrafo, por cuanto nos parece muy expresivo de los dos fundamentos de la responsabilidad objetiva, en la visión del TAS, esto es la igualdad de oportunidades y la dificultad de medir en cada caso el efecto de la sustancia, dificultad que, entendemos, avala para el TAS que no se fijen mínimos. A nuestro entender, esta argumentación es débil y discutible, dicho sea con todo respeto, pues presenta como dos obstáculos lo que en realidad es uno, el mismo, e incluso nos atrevemos a decir que no es obstáculo alguno.

En efecto, según nuestra opinión, se puede afirmar que el estado de la ciencia puede determinar que hay sustancias que, por debajo de ciertos umbrales, no causan efecto alguno sobre el rendimiento del atleta, y, por ello, tampoco vulneran la igualdad de oportunidades. Ciertamente es que seguramente no es posible determinarlo con exactitud para todas las sustancias del mismo modo, y que para cada atleta puede haber umbrales distintos por encima de los cuales se causa efecto, pero negar que es posible establecer un mínimo inocuo para todos los seres humanos es, por así decirlo, negar prácticamente la existencia de fármacos universales, vacunas universales, etc. pues es patente que se fabrican para toda persona, fijando las dosis según edad y peso,

y otros factores, pero que es medible el efecto nos parece una evidencia, ya que es precisamente lo que fundamenta qué dosis se consideran inocuas o con unos efectos secundarios en una probabilidad aceptable.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2007/A/1298 Wigan Athletic FC v/ Heart of Midlothian & CAS 2007/A/1299 Heart of Midlothian v/ Webster & Wigan Athletic FC & CAS 2007/A/1300 Webster v/ Heart of Midlothian, Laudo de 30 Enero 2008.

SÍNTESIS: Se trata de una disputa entre el equipo inglés de fútbol Wigan Athletic AFC y el Heart of Midlothian PLC, un equipo escocés, en relación a los derechos contractuales sobre un jugador que fue transferido del Heart al Wigan, y en relación a la aplicación de la norma 17 de los Estatutos FIFA.

.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“18. El panel considera que la referencia en el artículo 17 párrafo 1 de las normas FIFA a la “ley del país interesado” no resta al hecho de que de acuerdo a los claros términos del artículo 60 párrafo de los estatutos FIFA, la intención de FIFA es que sus regulaciones y decisiones se rijan por una única ley correspondiente a la ley de su domicilio, esto es la Ley Suiza.

97. Consecuentemente, el panel considera que la responsabilidad solidaria prevista en el 17 párrafo 2 debe considerarse una forma de responsabilidad objetiva, que está dirigida a evitar cualquier debate y dificultades de prueba respecto a la posible implicación de un nuevo club en la decisión de un jugador de dar por finalizado su contrato anterior, como una mejor garantía de pago de cualquier importe de compensación que el jugador deba pagar a su club anterior en base al artículo 17”.

COMENTARIOS: En primer lugar, debemos señalar que la norma 17.2 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de FIFA es la siguiente:

“Artículo 17 Consecuencias de la ruptura de contratos sin causa justificada

.....

2. El derecho a una indemnización no puede cederse a terceros. Si un jugador profesional debe pagar una indemnización, él mismo y su nuevo club tienen la obligación conjunta de efectuar el pago. El monto puede estipularse en el contrato o acordarse entre las partes”.

Del laudo hemos citado dos apartados distintos, y que nos parecen relevantes por dos motivos diferentes. El primer punto, el 18, lo consideramos importante por cuanto deja claramente sentado que la ley suiza es el criterio interpretativo que aplica el TAS cuando los estatutos FIFA hacen referencia a la ley del país.

El segundo, el 97, porque atribuye a la garantía que emana de dicha norma 17 de los Estatutos FIFA el carácter de responsabilidad objetiva, y lo justifica con la necesidad de superar las dificultades y debates, y garantizar el pago.

Como vemos pues, si en dopaje, el caso más frecuente de responsabilidad objetiva que cita el CAS, se hace referencia a la necesidad de aplicar responsabilidad objetiva para poder luchar contra el dopaje, pues se carece de otros medios idóneos para ello, aquí se trata de garantizar lo que llamaríamos las obligaciones de pago del tráfico jurídico, evitando tener que investigar y probar que el nuevo club está o no implicado en la decisión del jugador de abandonar el anterior.

Dicho de otro modo, vemos que el TAS utiliza la responsabilidad objetiva como un mecanismo de garantía, dado que carece de los medios de investigación y de coerción que sí disponen otras jurisdicciones.

El bien jurídico protegido, que en un caso de dopaje podría ser la igualdad entre los competidores, o como lo llama el TAS en el caso Contador un “*cargo de fraude*”, en este caso es un bien del tráfico jurídico de contenido económico y de confianza contractual, pero el sistema de penalización es, en ambos casos, el que deriva de la aplicación del principio de responsabilidad objetiva, prescindiendo por tanto de valoraciones sobre la culpabilidad.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2008/A/1461 Justin Gatlin v. United States Anti-Doping Agency (USADA) & CAS 2008/A/1462 IAAF v. USA Track & Field (USATF) & Justin Gatlin, Laudo de 6 Junio 2008.

SÍNTESIS: El atleta Justin Gatlin, era miembro del equipo de Estados Unidos de campo a través, y medallista olímpico, y en el Campeonato Nacional Junior de Estados Unidos de 2001 dio positivo de dopaje con anfetaminas. Se da la circunstancia de que el atleta padece déficit de atención desde los nueve años.

No citamos los pronunciamientos del laudo respecto a la responsabilidad objetiva porque nada relevante aportan al estudio de dicha cuestión específicamente. El único interés que podemos encontrar al respecto es en la cuestión de que el panel rechaza las alegaciones del atleta en el sentido de que se viola el Acta de Discapacidad de Estados Unidos, puesto que (el subrayado es del propio laudo) sostiene:

“32.... No le estaba prohibido competir en virtud de su minusvalía, ni su minusvalía en modo alguno tenía relación con su habilidad para competir. El panel señala las propias manifestaciones del Sr. Gatlin de que “su ADD¹⁹⁹ afectaba a su capacidad de concentrarse en clase y frustraba sus intentos de estudiar y cumplir otras asignaciones fuera de la clase” (subrayado por el Panel). Mientras que la discapacidad del Sr. Gatlin reconocidamente le ponía en situación de desventaja en clase, en modo alguno le ponía en desventaja en la pista. Ciertamente, hasta hace poco, era el reinante campeón olímpico en los 100 metros”.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2008/A/1593 Kuwait Sporting Club v. Z. & FIFA, Laudo de 30 Diciembre 2008.

SÍNTESIS: Un jugador de fútbol empleado por el club estonio FC Flora Tallinn (“FC Tallinn”) fue cedido al equipo Kuwaití Kuwait SC. Pese a superar el primer examen médico, y haber jugado ya partidos, posteriormente le fue detectado un problema en la rodilla y el club kuwaití le propuso un período de prueba. Al negarse el jugador a firmarlo, el Club Kuwaití dio por terminado el contrato de cesión y el club Estonio lo despidió, por lo que el jugador interpuso demanda reclamando indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo.

¹⁹⁹ Siglas en inglés del Síndrome de Deficiencia de Atención.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“33. el artículo 17.4 de las normas FIFA impone, en base a la responsabilidad objetiva, una prohibición de inscribir jugadores, sea nacional o internacionalmente, en cualquier club que unilateralmente finalice el contrato de un jugador durante el período protegido”.

COMENTARIOS: La normativa FIFA respecto a la imposición de esta prohibición, no tiene en consideración circunstancias de carácter subjetivo, intencionalidad o culpa. El mero hecho de infringir la norma, implica la sanción por responsabilidad objetiva. Sin matices. Consecuentemente el TAS confirmó la sanción impuesta por FIFA al club kuwaití consistente en la prohibición de inscribir jugadores durante dos años.

ASUNTO: Arbitraje TAS 2008/A/1688 Club Atlético Madrid SAD c. Union Européenne de Football Association (UEFA), laudo de 9 de Febrero de 2009.

SINTESIS: En fecha 1 de Octubre de 2008 se disputó un encuentro de liga de campeones en el estadio Vicente Calderón entre el Atlético de Madrid y el Olympique de Marsella. Se produjeron incidentes, antes, durante y después del partido, tanto entre los seguidores de uno y otro equipo como actividades prohibidas por UEFA, ya que hubo lanzamiento de objetos (una silla, botella, bengalas), utilización de banderas con simbología nazi y racista, insultos, etc.,

En particular, los incidentes se agravaron cuando la policía española retiró una bandera de los seguidores del grupo “Ultras” del Olympique de Marsella. Este club denunció la falta de organización del Atlético de Madrid, la exposición a insultos y agresiones de los seguidores del Olympique por el lugar en que fueron situados, incluso seguidores discapacitados, y UEFA sancionó con cierre del estadio y multa, confirmando la sanción el TAS en lo esencial.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“24. Según una jurisprudencia constante del TAS (cf. especialmente el asunto TAS 2008/A/423), el artículo 6 párrafo 1 RD²⁰⁰ prevé un caso de responsabilidad objetiva impuesto a las asociaciones miembros y a los clubs por hechos de terceros, lo cuales son así designados. Esta disposición no deja así ningún margen de maniobra tratándose de su aplicación de modo que la asociación miembro de UEFA y el club de fútbol responsable, incluso en ausencia de toda culpa, de comportamiento reprehensible de sus jugadores, funcionarios, miembros, seguidores o cualquier otra persona encargada de ejercer una función con ocasión de un partido por su cuenta. Está admitido que esta norma tiene por objeto cargar a los clubs organizadores de encuentros de fútbol con la responsabilidad respecto especialmente de los seguidores, de un comportamiento conforme a los objetivos perseguidos por UEFA.

25. Por el contrario, el art. 6 párrafo 2 RD no instaura una responsabilidad objetiva, puesto que la simple ocurrencia de incidentes no lleva automáticamente a sancionar a la asociación organizadora o al club organizador.

29. Se recuerda que el Apelante eleva como principal queja contra la decisión discutida la violación del art. 6 RD por la instancia de apelación de UEFA. Alega que su responsabilidad no puede ser consecuencia del hecho de que los altercados con los seguidores del OM²⁰¹ se producen exclusivamente tras la intervención de la policía española, autorizada a actuar en virtud del art. 1.3 del Reglamento de seguridad. Deduce que la responsabilidad objetiva art. 6.1 RD no puede entonces aplicarse, al no encontrarse la policía española sujeta a esta disposición, de “cualquier otra persona encargada por una asociación o un club de ejercer una función con ocasión de un encuentro”.

47. En cualquier caso, la cuestión consistente en saber quien está en el origen de la decisión de quitar la banderola es únicamente pertinente para determinar si uno se encuentra o no en un caso de responsabilidad objetiva del club organizador en el sentido del art. 6 párrafo 1 RD”.

²⁰⁰ Reglamento Disciplinario de UEFA.

²⁰¹ Olympique de Marseille.

COMENTARIOS:

El artículo 6 del RD citado dice lo siguiente:

“1 Las asociaciones miembros y los clubs son responsables del comportamiento de sus jugadores, funcionarios, miembros, aficionados así como de cualquier otra persona encargada por una asociación o un club de ejercer funciones con ocasión de un partido.

2 Las asociaciones organizadoras o los clubs organizadores responden del orden y de la seguridad dentro del recinto del estadio y sus inmediaciones, durante y después del partido. Son culpables de cualquier incidente y son sujetos a medidas disciplinarias y directivas”.

Como dice el TAS, realmente no tiene margen para no imponer la sanción, a la vista de la literalidad del art. 6 citado. Ciertamente es que el Atlético de Madrid invocó que estaba obligado legalmente a permitir la intervención de la policía, pero ello no obsta para que su responsabilidad se mantenga.

No cabe olvidar que si la policía entró a retirar una bandera racista, es porque la organización del club permitió, por negligencia o descuido, obviamente, la entrada de la misma, y esta negligencia no cabe duda que es imputable a alguien que estaba encargado de ejercer funciones con ocasión del partido, por lo que la responsabilidad nos parece clara, incluso aunque no nos encontráramos en el marco de la responsabilidad objetiva.

ASUNTO: CAS 2009/A/1912 P. v. International Skating Union (ISU)²⁰² & CAS 2009/A/1913 Deutsche Eisschnelllauf Gemeinschaft²⁰³e.V. (DESG) v. International Skating Union (ISU), Laudo de 25 Noviembre 2009.

SINTESIS: La atleta resultó positiva de dopaje en el Campeonato del mundo de Esquí de velocidad celebrado en Noruega en World Allround Speed Skating Championships en relación con el ratio de hemoglobina respecto a hematocritos, con

²⁰² International Skating Union (Unión Internacional de Patinaje sobre Hielo).

²⁰³ Federación Alemana de patinaje de velocidad sobre hielo o “DESG”.

una anormal proporción de reticulocitos, que acreditaban una alteración hematológica que, a juicio del ISU, acreditaba la utilización de métodos de dopaje. La atleta, pentacampeona olímpica de patinaje sobre hielo, fue sancionada y el TAS confirmó la sanción.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“55. Por tanto, el Panel no está de acuerdo con la afirmación del atleta de que el estándar de prueba debe ser muy cercano a “prueba más allá de duda razonable” porque por la particular gravedad de la alegación contra P. El estándar de prueba más allá de la duda razonable es típicamente un estándar de ley penal que no es aplicable en casos de antidopaje. Obviamente, el Panel es consciente de la gravedad de las alegaciones presentadas por ISU pero, en opinión del Panel, es exactamente la misma gravedad que cualquier otro caso antidopaje llevado ante el CAS y relativo a dopaje sanguíneo; ni más, ni menos”.

COMENTARIOS: Hemos situado este laudo entre los de responsabilidad objetiva porque realmente es de lo que se trata, y no de presunción de inocencia, pero nos hemos limitado a citar este único párrafo 55 porque es el que realmente nos aporta novedad o aclaración.

Las pruebas de manipulación de la sangre del atleta presentan, por razones meramente fisiológicas, mayor dificultad de prueba que las de hallar trazas de dopaje, y han suscitado con frecuencia controversia pues se suele alegar circunstancias propias de la fisiología del atleta, producción endógena, etc., y siempre es más difícil confirmar la infracción que con el hecho indiscutible de hallar una sustancia prohibida.

El Panel dedica un extenso razonamiento a fundamentar su decisión que, al fin y al cabo, se basa en responsabilidad objetiva, pero como un *obiter dicta* nos formula el párrafo 54, ya citado, dejando sentado la inaplicabilidad a casos de dopaje de un estándar de prueba propio del derecho penal.

Se trata de un caso de gran relevancia mediática en Alemania, ya que la atleta Claudia Pechstein, es pentacampeona olímpica, miembro de la policía federal

alemana e insiste en su inocencia alegando disponer de informes médicos que avalan un defecto genético, y si bien el TAS consideró válida la sanción aplicada por ISU, la atleta acudió a la justicia ordinaria, ante el Tribunal Superior Regional de Múnich reclamando una indemnización de casi cuatro millones y medios de euros.

En todo caso, a los efectos de este trabajo, lo que interesa resaltar es que el TAS no aceptó la alegación de la atleta respecto a que debía aplicarse un estándar de prueba típico de ley penal, y se mantuvo en que el anormal perfil hematológico de la atleta bastaba para considerar que se había incurrido en dopaje por uso de métodos no autorizados, aplicando por tanto el criterio de responsabilidad objetiva, todo ello pese a carecer de prueba directa alguna.

Sobre tal circunstancia de la falta de prueba directa señala MORTE:

*"El TAS la sancionó con base en una prueba indirecta, considerando que los valores anormales de reticulocitos sólo podían explicarse si en algún momento se había dopado. La utilización de una prueba indirecta ya plantea en sí misma un serio problema de garantías jurídicas, pero en este caso esa utilización es incluso más grave, ya que no tenía fundamentos científicos serios. De hecho, posteriormente se ha demostrado que Pechstein padece una anomalía genética que produce los mencionados valores anormales de reticulocitos"...*²⁰⁴

Sin embargo, insistimos, el TAS se mantuvo en la aplicación de la responsabilidad objetiva, sosteniendo, como hemos visto, que *"en opinión del Panel, es exactamente la misma gravedad que cualquier otro caso antidopaje llevado ante el CAS y relativo a dopaje sanguíneo; ni más, ni menos"*.

ASUNTO: CAS 2011/A/2384 UCI v. Alberto Contador Velasco & RFEC, CAS 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC, laudo 6-2-2012.

²⁰⁴ MORTE FERRER, R. *"La lucha contra el dopaje y la protección de datos"*, págs. 179-204, en DE VICENTE MARTINEZ, R. *"Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje"*, REUS, 2014.

SÍNTESIS: Nos remitimos a la síntesis ya realizada más arriba al analizar este laudo respecto a la cuestión de la presunción de inocencia

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“191. Según el artículo 21 de las UCI ADR²⁰⁵ “Constituyen violación de las normas antidopaje lo siguiente:

1. La presencia de una sustancia prohibida, o sus metabolitos o marcadores en la muestra corporal de un corredor.

1.1 Es la obligación personal de cada corredor asegurarse que no entra en su organismo ninguna sustancia prohibida. Los corredores son responsables de cualquier sustancia prohibida o sus metabolitos o marcadores que se encuentre en sus muestras corporales. En consecuencia, para establecer una violación antidopaje bajo el artículo 21.1 no es necesario demostrar la intención, culpa, negligencia o uso con conocimiento de parte del corredor.

199. El principio de responsabilidad objetiva del arriba citado artículo 21.1.1 UCI ADR es aplicable a la presente disputa. El argumento que la sustancia prohibida no tenía un efecto de mejora del rendimiento en el atleta y que debe haberla ingerido inadvertidamente no excluye la aplicación del principio de responsabilidad objetiva.

223. Argumentando su caso como otras posibles causas de los adversos hallazgos analíticos, los apelantes desnaturalizan fundamentalmente y/o entienden mal cómo opera la carga y el estándar de prueba en un contexto como el presente. Como cuestión de principio, el punto de partida es que la carga legal de probar una infracción está en la autoridad reguladora que acusa. Donde una autoridad reguladora acusa a un individuo de una infracción de dopaje, el estándar de prueba requerido por la autoridad reguladora para hallar culpabilidad es “entera satisfacción”. Esto no es tan alto como el estándar penal de “más allá de duda razonable”, pero es un estándar mayor que el de Derecho privado de “balance de probabilidades”. Esto se debe a la gravedad del cargo de fraude y las consecuencias que implica una condena. Esto se refleja en el artículo 22 UCI ADR.

²⁰⁵ Normas Antidopaje de la Unión Ciclista Internacional.

224. Sin embargo la importancia y dificultad de la lucha contra el dopaje en el deporte ha provocado una calificación de estos dos preceptos normales indispensables de justicia. Esta calificación es que una vez se ha establecido una responsabilidad objetiva por infracción de dopaje demostrando nada más que la presencia de una sustancia prohibida en la muestra del atleta, la carga (de la prueba) se desplaza al atleta para establecer cómo la sustancia entró en su cuerpo y que él no tenía ninguna culpa o negligencia por su presencia (véase artículo 296 UCI ADR y artículo 10.5.1 WADC²⁰⁶). En esencia, el atleta debe probar su inocencia. Esta significativa incursión en los derechos del acusado se justifica sin embargo por la necesidad de proteger el deporte y la dificultad a que hace frente la autoridad regulatoria para probar activamente el método de ingestión y el grado de culpa del atleta.

225. Que es una incursión significativa se refleja, primero, en el hecho de que el estándar de prueba que el atleta tiene que cumplir en estas circunstancias se describe como el balance de probabilidades (véase el artículo 22 UCI ADR y el artículo 3.1 WADC). No sería justificable requerir un estándar mayor del atleta porque, contra el fondo de la responsabilidad objetiva y las dificultades ya enfrentadas por el atleta al basarse en el artículo 296 UCI ADR, eso sería ir demasiado lejos. Las normas antidopaje son proporcionadas, pero sólo eso. Están equilibradas, pero al borde del precipicio de injusticia y arbitrariedad.

235. Por otro lado, los test del laboratorio de Colonia, que tienen la más avanzada tecnología en el mundo para detectar clenbuterol por debajo de los niveles requeridos por otros laboratorios (2 pg/mL), prueban la presencia del clenbuterol en la muestra corporal del atleta, pero no permiten determinar cómo entró en su cuerpo, pese a que dicha determinación resulta necesaria por (razón de) el principio de responsabilidad objetiva.

237. Es más, si bien es cierto que académicos autorizados y la jurisprudencia del CAS califican los criterios establecidos bajo el WADC como que entrañan la responsabilidad objetiva de los atletas, esto no significa que el elemento subjetivo esté completamente ausente en la interpretación del estándar. Solamente significa

²⁰⁶ World Antidoping Code – Código Mundial Antidopaje.

que el “onus probando”²⁰⁷ se invierte. Un atleta puede evitar ser sancionado sin embargo si prueba que a) hay ausencia de culpa o culpa no significativa (artículo 9 WADC); y b) él/ella no buscó aumentar su rendimiento (artículo 10.4 WADC). En este caso, el problema es que ambos parámetros están sujetos a interpretación.

238. Si uno quiere una justicia fría, científica y separada de los principios fundamentales de la ley sancionadora y de los derechos humanos fundamentales, el juez, en este caso el Panel, debería dar prioridad al significado literal de las palabras y a la evidencia directa. Sin embargo, si uno aspira a una justicia deportiva diferente, más humana y equitativa, que respete y proteja los derechos fundamentales de los atletas a participar en actividades libres de dopaje, promover su salud y asegurar siempre equidad e igualdad en el deporte, el laudo debe basarse en el propósito o voluntad del legislador, favoreciendo la discreción judicial en detrimento de la predictibilidad última del laudo”.

487.- Considerando que el atleta tomó suplementos cantidades considerables, que es incontestable que los suplementos pueden estar contaminados, y los atletas han dado frecuentemente positivos en las pruebas pasadas a causa de suplementos alimenticios contaminados, que en el pasado un test a un atleta por clenbuterol es más probable que haya sido causado por la ingestión de un suplemento alimenticio contaminado que por una transfusión de sangre o la ingestión de carne contaminada. Esto no significa que el panel está convencido más allá de duda razonable que esta hipótesis de ingestión de suplemento alimenticio contaminado haya ocurrido de hecho. Esto no se requiere ni por las ADR de la UCI ni por la WADC, que remiten el panel solamente al balance de probabilidades como la estándar aplicable a la carga de la prueba. Al sopesar la evidencia según el balance probabilidades y tomar una decisión en base a ello, el panel debe tomar en consideración y sopesar toda prueba admitida en el caso, independientemente de qué parte anticipó qué hipótesis y qué parte adujo cuál de los elementos de la prueba.

²⁰⁷ Onus probando: Expresión latina del principio jurídico que señala quién está obligado a probar un determinado hecho ante los tribunales o carga de la prueba. “actori incumbit onus probando”, es decir “incumbe al actor la carga de la prueba”, NICOLIELLO, N., “Diccionario del latín jurídico”, JM Bosch, 1999.

488. Dicho lo anterior, el panel considera importante aclarar que al considerar y sopesar la prueba en la forma antedicha y decidir en base a ello, el panel en modo alguno trasladó la carga de la prueba del atleta como se ha explicado más arriba (véase supra §§ 243-265). La carga de la prueba solamente asigna el riesgo si un hecho o un supuesto no se puede establecer bajo el balance probabilidades. De todos modos, este no es el caso”.

COMENTARIOS: Más allá del contenido final del laudo emitido, y de la opinión que pueda merecer la conclusión a la que llega el panel, entendemos que las citas del laudo que acabamos de incorporar a este trabajo resultan de importancia fundamental, por cuanto contienen no sólo una síntesis de una doctrina jurisprudencial que se ha ido consolidando, sino, sobre todo, porque presentan unos criterios claros y sistematizados, y analizan la contraposición entre elementos subjetivos y objetivos, y fijan a la vez el criterio respecto al estándar de prueba y la carga de la prueba.

A efectos de una mayor claridad expositiva, creemos oportuno resumir y extraer del contexto de dichas citas las diferentes afirmaciones que contienen y que, insistimos, nos parecen de capital importancia, especialmente a efectos de futuros laudos y para que quien acude al TAS sepa a qué atenerse respecto a las cuestiones jurídicas sobre las que se pronuncia más allá del caso concreto. Un posible resumen sería el siguiente:

- a) El artículo 21 de las UCI ADR fija una responsabilidad objetiva del atleta.
- b) Esa responsabilidad objetiva supone que al organismo sancionador sólo se le exige demostrar la presencia de la sustancia, y no se le exige demostrar la intención, culpa, negligencia o uso con conocimiento, resultando asimismo irrelevante que la sustancia prohibida mejore o no el rendimiento y/o que el atleta introdujera la sustancia en su cuerpo inadvertidamente.

- c) La carga de prueba del dopaje recae sobre el organismo oficial que acusa.
- d) El estándar de prueba que se le exige al organismo oficial no es el más estricto “más allá de toda duda razonable” ni el menos estricto “balance de probabilidades”. sino el de “a entera satisfacción”. que al parecer se entiende por el panel situado en un punto medio entre los otros dos.
- e) La lucha contra el dopaje se encuentra con la dificultad de la prueba activa del método de ingestión y del grado de culpa del atleta y, además, la lucha contra el dopaje se considera de gran importancia para el deporte. Ambos factores justifican que se hayan calificado el estándar de prueba y la carga de la prueba, lo que deriva en un orden de actuación y de cumplimiento de los estándar de prueba que se detallan a continuación:
 - 1. La presencia de la sustancia prohibida da lugar a responsabilidad objetiva. Se entiende que la carga de la prueba por parte del organismo sancionador es en el estándar de “a entera satisfacción”.
 - 2. Establecida la presencia de la sustancia, la carga de la prueba u “onus probando” se desplaza al atleta, pues se establece una presunción de culpabilidad.
 - 3. El atleta debe probar su inocencia acreditando que la sustancia entró en su cuerpo con ausencia de culpa o culpa no significativa y/o negligencia.
 - 4. El estándar de prueba que se exige al atleta para probar su inocencia es el de “balance de probabilidades”
 - 5. Si un hecho o un supuesto se han podido establecer aplicando el balance de probabilidades, entonces no se produce desplazamiento de la carga de la prueba.

Por tanto, y en resumen, la asignación de la carga de la prueba solamente se produce cuando no es posible establecer un hecho o un supuesto aplicando el balance probabilidades. Al asignar la carga de la prueba, el panel fija un grado de exigencia de prueba mayor al organismo acusador para acreditar la existencia de la sustancia en el organismo del atleta que al propio atleta para fijar su inocencia.

Asimismo, el panel justifica este diferente estándar de prueba en admitir que, puesto que se está rozando la injusticia y la arbitrariedad, sería injustificado ir más allá del balance de probabilidades.

Por último, y esto nos parece de capital importancia, el panel manifiesta claramente su opción por la interpretación finalista de la norma frente a la interpretación literal, en aras de respetar los derechos fundamentales de los atletas, y los principios de equidad e igualdad, todo ello para humanizar la justicia deportiva.

Creemos que estas últimas afirmaciones del TAS sientan una jurisprudencia muy interesante, puesto que reconocen las carencias que supone el sistema de desplazamiento de la carga de la prueba, por mucho que el propio TAS ha venido justificándolo una y otra vez, y, en aras de los derechos humanos, abren la puerta a una interpretación que favorezca, dicen, la “discreción judicial”, lo cual deberá permitir una valoración de los elementos subjetivos más allá de la fría objetividad de la norma, como bien afirma el CAS.

ASUNTO: CAS 2012/A/2756 James Armstrong v. World Curling Federation (WCF), laudo de 21 Septiembre 2012.

SÍNTESIS: James P. (Jim) Armstrong es un deportista, de 61 años a la fecha del laudo, que practica el curling al más alto nivel toda su vida, y desde 2004 como paralímpico, en silla de ruedas, a causa de un accidente de tráfico. Ha ganado el campeonato del mundo con el equipo nacional canadiense, del que es capitán, y es médico de profesión, habiendo ejercido como dentista hasta su jubilación. En un control antidopaje en Diciembre de 2011, dio positivo en Tamoxifeno, una sustancia específica en la lista de WADA de 2011, por tratarse de un antagonista hormonal y

modulador selectivo de los receptores de estrógeno, siendo sancionado el deportista con 18 meses de suspensión. En su apelación solicitó que no le fuera impuesta sanción alguna y, subsidiariamente, que la sanción fuera de 2 a 4 meses, acordando finalmente el TAS imponer una sanción de 6 meses.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

8.2 El Artículo 2 (la referencia a un “Artículo” es una referencia a los artículos de las normas antidopaje de la WCF²⁰⁸) estipula una responsabilidad objetiva por la presencia de una sustancia prohibida como sigue:

“ARTICULO 2 VIOLACION DE NORMAS ANTIDOPAJE

Constituyen violaciones de normas antidopaje:

2.1 La presencia de una sustancia prohibida o sus metabolitos o marcadores en una muestra del atleta”.

8.31 El CAS “aplica un enfoque estricto en la definición de su poder de revisar el ejercicio de la discreción de que disfrutaban los órganos disciplinarios de una asociación para fijar una sanción” (cf. CAS 2006/A/1175, párrafo 90). Este Panel confirma la jurisprudencia del CAS según la cual la medida de la sanción impuesta por un organismo disciplinario en ejercicio de la discrecionalidad que le permiten las normas aplicables, sólo puede ser revisada cuando la sanción “es evidentemente y gravemente desproporcionada a la infracción” (véase TAS 2004/A/547, §§ 66, 124; CAS 2004/A/690, § 86; CAS 2005/A/830, § 10.26; CAS 2005/C/976 & 986, § 143; CAS 2006/A/1175, § 90; CAS 2007/A/1217, § 12.4; CAS 2009/A/1870, § 48).

8.32 Conforme a la jurisprudencia del CAS, la sanción impuesta a un atleta no debe ser desproporcionada a la infracción y debe siempre reflejar el alcance de la culpabilidad del atleta (CAS 2001/A/330).

²⁰⁸ World Curling Federation (Federación Mundial de Curling).

8.33 El Panel entiende que en las circunstancias de este caso los 18 meses de inelegibilidad impuestos al apelante se han basado en una incorrecta apreciación de los estándares legales aplicables.

Por ejemplo, en el párrafo 6.11 de la decisión el Panel WCF afirmó que tenía “(...) reservas dirigidas acerca de la claridad de esta explicación (respecto a cómo entró la sustancia en su cuerpo) en las consideraciones del grado de culpa del atleta”. Sin embargo, una vez que por el panel WCF se ha establecido, en base al balance de probabilidades, cómo entró la sustancia en el cuerpo del Apelante, ya no resultaba posible referirse a persistentes “reservas” respecto a este asunto en orden a “aumentar” el grado de culpa del atleta. Es más, y adicionalmente a este error de derecho, el Panel considera que la sanción impuesta es “evidente y grandemente desproporcionada” ...en base a las consideraciones siguientes.

8.34 una vez se cumplen los requisitos para una sanción reducida de conformidad con el Artículo 10.4 (esto es estableciendo cómo entró la Sustancia Específica en el cuerpo y la ausencia de intención de aumentar el rendimiento) la sanción apropiada debe determinarse de conformidad con el Artículo 10.4 y no el 10.5.2. Por tanto, el Panel erró al basar la sanción en consideraciones bajo el artículo 10.5.2. (“culpa o negligencia no significativa) en lugar del 10.4 (“grado de culpa”)

8.35 Por lo tanto, las consideraciones del Panel WCF respecto a “culpa o negligencia no significativa” según el Artículo 10.5.2 no fueron correctas y en consecuencia el Panel WCF Panel no utilizó su discrecionalidad de modo apropiado.

8.39 El Panel es de la opinión que el Panel WCF no sólo aplicó erróneamente las normas y malinterpretó los hechos del caso, sino que también impuso al Apelante una sanción gravemente desproporcionada. El Panel llega a esta última conclusión aplicando los principios establecidos en el comentario al Artículo 10.4:

“Al evaluar el grado de culpa del atleta u otra persona, las circunstancias tomadas en consideración deben ser específicas y relevantes para explicar la desviación por el atleta u otra persona del estándar de conducta esperado (...). Se prevé que el periodo de inelegibilidad será enteramente eliminado solamente en los casos más excepcionales”.

8.40 Al evaluar el grado específico de culpa del Apelante, el Panel tiene en cuenta las siguientes circunstancias:

8.41 El Apelante es un profesional de la salud y ha sido un atleta de élite durante muchos años. Por tanto, debería haber aplicado mucha más precaución al manejar un medicamento prohibido en su deporte. El idéntico tamaño, forma y color de las dos diferentes pastillas deberían haber llamado su atención sobre un posible error.

8.42 El argumento del Apelante de que su conocimiento como profesional de la salud no debiera resultar en crear un estándar más alto de cuidado del que sería esperable de un atleta de élite, no puede acogerse. El Panel debe evaluar cada caso según sus especiales y únicas circunstancias.

8.43 El hecho de que en el pasado hubiera requerido numerosas TUE²⁰⁹ (exenciones por tratamiento terapéutico) para su tratamiento corrobora que él estaba y está bien al corriente de las normas antidopaje de WCF y la posible calificación de sustancias médicas como sustancias prohibidas. Incluso si no sabía que Tamoxifeno es una sustancia específica, fue negligente por no saberlo.

8.44 Como conclusión, debe afirmarse que almacenar medicinas junto a Tamoxifeno en los mismos envases, reutilizando dichos envases y asimismo no separándolos directamente durante la mudanza, tiene que calificarse como no ejercicio del necesario cuidado al manejar Tamoxifeno como sustancia específica.

8.50.... En el presente caso la negligencia del atleta consiste en el hecho de que con ocasión de su traslado a una nueva residencia almacenó su propia medicación amparada por el TUE en un envase junto a los medicamentos anti cáncer recetados a su difunta esposa que contenía una sustancia prohibida en el deporte y que meses después el atleta ingirió accidentalmente confundiéndola con su propia medicación”.

Aplicando los principios establecidos en CAS 2005/A/847 según los cuales “los requisitos a cumplir por el elemento de calificación “culpa o negligencia no significativa” no debe ser fijado excesivamente alto .. (ni) demasiado bajo” y teniendo en cuenta la jurisprudencia del CAS antes citada, el Panel es de la opinión

²⁰⁹ “Therapeutic Use Exemption” o Exención por tratamiento terapéutico”.

en este caso que el Apelante no está exento de culpa o negligencia, no tiene derecho a la sanción más baja (como en CAS 2006//A/1025) que en este caso sería una reprensión, pero que el nivel de su negligencia no es tan alto como en CAS 2010/A/2107. Por ello el Panel decide imponer una suspensión de seis meses al Apelante”.

COMENTARIOS: Es interesante señalar como, tras el caso Contador en el que se exige el balance de probabilidades como el estándar de prueba al que primero hay que recurrir, y que solamente cuando falle se traslada y adjudica la carga de la prueba a alguna de las partes, según los diferentes estándares mencionados en tal supuesto, el presente laudo critica precisamente que, habiendo ya el panel WCF establecido en base al balance de probabilidades un hecho, concretamente el cómo entró la sustancia cuerpo del apelante, se permita aún el panel mantener dudas de culpabilidad.

Dicho de otro modo, la fijación de prueba bajo balance de probabilidades sella y cierra ese capítulo de investigación y no cabe ya tenerlo en cuenta, en el sentido de las dudas que pueda suscitar al panel, a la hora de fijar el grado de culpabilidad.

Un segundo aspecto en el que nos parece interesante este laudo es que detallan sistemática y ordenadamente las cinco preguntas que constituyen los cinco puntos a examinar forma la convicción del panel. Las preguntas que enuncia el TAS son las siguientes:

- A.- ¿se aprecia en el apelante “ ausencia de culpa o negligencia”?
- B.- ¿cómo entró la sustancia especificada en el cuerpo del apelante?
- C.- ¿se pretendía que la sustancia especificada aumentara el rendimiento deportivo del atleta?
- D.- grado de culpabilidad.
- E.- Inicio del período de inelegibilidad.

Desde nuestro punto de vista, el orden de examen de las circunstancias que concurren no nos parece el más razonable, ya que entendemos que la primera y segunda debieran intercambiar su posición, pues este orden, a nuestro juicio erróneo, puede llevar a pronunciamientos injustos, y por ello formularemos nuestras propuestas de conciliación de ambos principios ordenando de modo diferente el examen de las circunstancias.

ASUNTO: CAS 2012/A/2804 Dimitar Kutrovsky v. International Tennis Federation (ITF), laudo del 3 de Octubre de 2012.

SÍNTESIS: Dimitar Kutrovsky, jugador de tenis profesional que alcanzó el número 312 de la clasificación ATP el 27-2-2012, dio positivo en un test antidoping en el SAP Open de San José, California, EE.UU., que tuvo lugar entre el 13 y 19 Febrero de 2012, con resultado de prueba analítica adversa, en adelante “AAF”, por presencia de “methyhexaneamina” en adelante “MHA”, y sancionado en Marzo de 2012. Kutrovsky admitió los cargos pero afirmó que compró sin receta el suplemento en polvo llamado “Jack3d” en Agosto de 2011, que contenía MHA, que el MHA es una “sustancia específica” (Specified Substance), y que lo tomó sin intención de hacer uso de una sustancia prohibida ni de mejorar su rendimiento de este modo. La ITF tan sólo discute la tesis de que lo haya tomado sin intención de mejorar su rendimiento. El Tribunal confirmó la existencia de infracción de dopaje, le retiró el premio y la mejora de ranking por el torneo de San José y el siguiente torneo en Texas, consideró que el jugador había tenido éxito al establecer, según balance de probabilidades, cómo había entrado en su cuerpo la sustancia, pero no en establecer a satisfacción del Tribunal que no había tenido la intención de mejorar su rendimiento y lo sancionó por dos años.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“B) la segunda condición

a) la prueba

9.7 para satisfacer la segunda condición, Kutrovsky debe demostrar que con esa sustancia, en el momento de su ingestión, no se pretendía aumentar su rendimiento. El artículo 10.4 WADC requiere también la aportación de prueba fehaciente, adicionalmente a la propia declaración del atleta, para establecer la ausencia de intención de aumentar el rendimiento deportivo. Esto exige a su vez que el panel haga una evaluación objetiva de toda esta prueba.

9.8 el comentario al artículo 10.4 WADC proporciona una lista no exhaustiva de ejemplos del tipo de circunstancias objetivas que podrían corroborar la inexistencia de intención por el atleta de aumentar su rendimiento puesto que ayudan a determinar el nexo entre la ingestión de la sustancia y el evento deportivo en cuestión. Estas circunstancias incluyen el hecho que la naturaleza de la sustancia específica o el momento de la ingestión no hubieran sido beneficiosos para el atleta, el uso por el atleta abiertamente o que revelara su uso de la sustancia específica, y antecedentes médicos contemporáneos justificando la prescripción de la sustancia específica de forma no relacionada con el deporte.

9.9 El artículo 10.4 WADC también declara que una ausencia de intención de aumentar el rendimiento deportivo debe establecerse por esta prueba a nivel de entera satisfacción del panel. El Artículo 3.1 WADC afirma que este es un estándar de prueba mayor que el de balance de probabilidades.

9.10 hay dos requisitos respecto a la segunda condición:

9.10.1 ¿qué debe presentar el atleta para probar que no pretendía aumentar su rendimiento deportivo (la "primera condición")?

9.10.2 ¿qué se quiere decir con aumentar el rendimiento deportivo (la "segunda condición")?

9.11 hay en principio varias posibilidades respecto al conocimiento del atleta.

9.11.1 no tenía conocimiento que el producto que tomó contenía la sustancia que era una sustancia específica ("caso tipo A"). Los casos de contaminación clásicamente caen en categoría.

9.11.2 No tenía conocimiento de que la sustancia, que no sabía que estuviera contenida en el producto, fuera una sustancia específica ("Caso Tipo B"). El Panel entiende que esta categoría corresponde a los hechos en el presente caso.

9.11.3 sabía que el producto contenía una sustancia y que ésta era una sustancia específica ("caso tipo C").

9.12 Kutrovsky ha sostenido que, de conformidad la decisión del CAS en el laudo CAS 2010/A/2107 Oliveira, un atleta no necesita probar una intención de mejora de su rendimiento deportivo puesto que, en una lectura literal de la segunda condición del artículo 10.4, no se puede afirmar que ha tenido esa intención si no conoce que el producto que está tomando contiene una sustancia específica, de modo que en casos tipo A y B, el atleta debería satisfacer necesariamente la Segunda Condición (véase también Berrios, antes citado en los párrafos 81 y 82, Kolobnev (antes citado) en el párrafo 82; y, a los mismos efectos, Murray (antes citado) en los párrafos 58-68.

9.13 la ITF por su parte se fundamenta en el CAS A2/2011 Foggo, que sostuvo que el mero hecho de que el atleta no supiera que el producto contenía una sustancia específica no establecía por sí mismo la relevante ausencia de intencionalidad. La ITF también se fundamenta, alternativamente, en el más reciente CAS 2011/A/2677 Dmitry Lapikov v. International Weightlifting Federation (IWF), que resulta favorecer el enfoque Oliveira de presunción solamente en casos tipo A, excluyendo por tanto casos tipo B como el presente.

9.14 El Panel es consciente de la eminencia de los paneles previos. El hecho de que hayan diferido de forma tan radical en su resultado en esta cuestión muestra que hay argumentos en ambos sentidos. Verdaderamente el Panel está dividido en esta cuestión.

No obstante, éste conflicto en la jurisprudencia es insatisfactorio para aquellos que han de aplicar y juzgar sobre casos en los que la segunda condición del artículo 10.4 está en juego. El Panel es consciente que (i) como está actualmente previsto en el último borrador de los cambios propuestos del WADC, que serían efectivos desde el 1 de enero de 2015, el conflicto podría posiblemente resolverse a favor de Foggo, y, (ii) hay otro caso pendiente ante el CAS en el que la cuestión puede también

decidirse de una forma u otra. No obstante, el Panel considera que puesto que Kutrovsky se ha fundado en Oliveira en su apelación, y que pasarán más de dos años antes de 1 de Enero de 2015, debe resolver la cuestión. El Panel resuelve en base a la versión 2009 de las WADC que es la actualmente en vigor.

9.15 En resumen, una mayoría del Panel no está de acuerdo con la alegación de Kutrovsky's o la jurisprudencia que dice la apoya. La mayoría del Panel es de la opinión que el conocimiento o no por un atleta de que ha ingerido una sustancia específica es relevante respecto a la cuestión de la intencionalidad, pero no puede, según el criterio Oliveira, por sí mismo decidirlo. La mayoría del Panel es asimismo de la opinión que la evidencia presentada respecto a por qué el atleta no sabía que el producto contenía una sustancia que es específica resultará relevante en la evaluación de su grado de falta si se considerara que no hubo intención de mejorar el rendimiento. La mayoría del Panel llega a esta conclusión en base a las siguientes consideraciones.

9.15.1 El enfoque Oliveira está basado en una lectura de la Segunda Condición que diferencia entre la sustancia específica y un producto en el que pueda estar contenida. La mayoría del Panel no acepta que tal diferenciación sea pretendida. La Primera y Segunda condición deben leerse conjuntamente puesto que la Segunda Condición sólo entrará a ser considerada si se ha cumplido la Primera condición (como ha sido el caso aquí).

La ponderación de lo que tal sustancia específica significa en la Segunda Condición supone por tanto que la Primera Condición se ha cumplido y, verdaderamente, el uso de la palabra "tal" apunta a ello. La mayoría del Panel por tanto interpreta que tal sustancia específica en la Segunda condición se refiere a la sustancia específica en la forma de entrar en el cuerpo del atleta que se ha establecido en la Primera condición, esto es Jack3d. Se deduce que la Segunda Condición requiere que el atleta muestre que al tomar la sustancia específica en la forma en que la tomó, no pretendía aumentar su rendimiento. La mayoría del Panel considera que esta interpretación es coherente con el lenguaje de la Segunda Condición y está respaldado por las consideraciones lingüísticas y contextuales que siguen.

9.15.2 No hay duda de que la sustancia específica en la Segunda Condición es la misma a que se refiere la Primera condición; otra vez la palabra “tal” no permite ninguna otra conclusión. Una sustancia específica puede ser un ingrediente en otro producto, por ejemplo un suplemento, pero necesita ser no solamente un ingrediente en otra sustancia sino la totalidad de lo que el atleta ha ingerido, por ejemplo cannabis. En tales circunstancias, no hay distinción a elaborar entre un producto y la sustancia específica: una interpretación dada a la sustancia específica en la Segunda Condición debería abarcar ambas posibilidades.

9.15.3 Si la ausencia de conocimiento de la sustancia específica fuera concluyente en cuanto a satisfacer la Segunda Condición (de conformidad con el enfoque Oliveira), uno se pregunta por qué el comentario al Artículo 10.4 WADC no lo menciona.

9.15.4 Es más, el enfoque Oliveira no respeta la estructura del Artículo 10.4 WADC ya que, si un atleta pudiera, simplemente mostrando que no sabía que el producto que ingirió contenía una sustancia específica, cumplir la Segunda Condición, entonces la exigencia por el artículo de prueba que corrobore la ausencia de incremento del rendimiento sería efectivamente superflua (incluso si un panel hubiera hecho un hallazgo negativo a este respecto) y el análisis de la prueba procedería directamente de la evaluación del grado de culpa según el Artículo 10.4. Todo el Artículo se refiere a “sustancia específica”.

9.15.6 En la Segunda Condición, la frase “tal sustancia específica” no está condicionada por palabras como cuando el atleta fuera consciente de que la había ingerido.

9.15.7 En la parte de la Segunda Condición que trata de la corroboración de la ausencia de intención de mejorar el rendimiento deportivo no se hace distinción entre suplemento y sustancia específica; se refiere de forma neutral a lo que ha sido ingerido.

9.15.8 Los ejemplos dados en el comentario de cuándo el panel puede estar confortablemente satisfecho de que no hubo intento de mejorar el rendimiento (por ejemplo cuando algo se tomó con propósito recreacional o medicinal) no suponen que el conocimiento de la sustancia específica era una precondition necesaria para

ser tenido como tal intento. Por el contrario, señalan la otra alternativa. Un ejemplo que se da es el de historial médico justificando la receta de una sustancia específica sin relación al deporte: será por productos que la contengan. Otro ejemplo es la revelación del uso de la sustancia específica; de todos modos cuando un atleta lo revela en el impreso de control de dopaje normalmente se tratará de uso del producto, no de la sustancia que contiene.

9.15.9 Es contrario a la intuición que en un código que impone al atleta un deber de hacerse responsable de lo que ingiere, la sola ignorancia actúe en su favor.

9.15.10 La mayoría del Panel constata también que el comentario en el Artículo 2.1.1 WADC en su panorama de responsabilidad objetiva se refiera no obstante a la capacidad del atleta de evitar sanciones incluyendo cuando él “en ciertas circunstancias no pretendiera mejorar su rendimiento (artículo 10 (4))”. Esto es coherente con la visión de la mayoría del Panel que es la ausencia de intención de mejorar rendimiento al tomar lo que se haya tomado la que en realidad es el verdadero enfoque de la Segunda Condición del Artículo 10.4 WADC.

9.16 La mayoría del Panel pasa ahora a ver si hay alguna decisión que obligue a una conclusión diferente.

9.16.1 En Oliveira el Panel advirtió una ambigüedad puesto que la Segunda Condición no permite explícitamente al atleta refutar un intento de mejorar el rendimiento mediante el uso del producto mismo en vez de la sustancia específica. Bajo tal premisa, el panel CAS adoptó una interpretación favorable al atleta. Sugirió en el párrafo 9.15 que de otro modo la única base potencial para que un atleta pueda eliminar o reducir el presunto período de dos años de inelegibilidad por ingestión de una sustancia específica en un suplemento nutricional sería cumplir el Artículo 10.5 WADC. La mayoría del Panel acepta la premisa pero no la conclusión que implica puesto que el atleta podría aún mostrar que la naturaleza de la sustancia específica o el momento de la ingestión no podría haberle beneficiado. Es contrario a la intuición que un atleta debiera tener la oportunidad de reducir el período de inelegibilidad por debajo de 12 meses (en contraste con el Artículo 10.5.2 WADC que prevé un

intervalo de 12 a 24 meses) cuando es el deber primario de un atleta asumir responsabilidad por cualquier sustancia prohibida presente en su muestra.

9.16.2 En Murray, sobre la premisa de la misma ambigüedad, el Panel IRB consideró que debería asumir la interpretación más razonable. Sugirió que el enfoque Foggo “mutilaría” el enfoque más flexible que la segunda versión del WAS pretendía conseguir. Con todo respeto, la mayoría del Panel no entiende que debería ser así. El comentario del párrafo 4.2.2. de WADC dice:

“Al redactar el Código hubo considerable debate entre las partes interesadas sobre el equilibrio apropiado entre sanciones inflexibles que promueven la armonización en la aplicación de las normas y sanciones más flexible que toman mejor en consideración las circunstancias de cada caso individual. Este equilibrio continuó en discusión en varias decisiones del CAS interpretando el Código. Tras tres años de experiencia del Código, el mayor consenso de los interesados es que mientras que cuando ocurra una violación de norma antidopaje bajo los Artículos 2.1 (Presencia de una Sustancia Prohibida o sus Metabolitos o Marcadores) y (Uso de una Sustancia Prohibida o Método Prohibido) aún debería basarse en el principio de responsabilidad objetiva, las sanciones del Código deberían flexibilizarse cuando el Atleta u otra Persona puedan demostrar claramente que él o ella no pretendían mejorar el rendimiento deportivo.

El cambio del Artículo 4.2 y los cambios conexos al Artículo 10 proporcionan esta flexibilidad adicional para violaciones que impliquen muchas Sustancias Prohibidas. [...]”.

En virtud del Artículo 10.4 en el caso de productos que contengan sustancias específicas que el atleta ignorara, aún habría una oportunidad de establecer la ausencia de intencionalidad en relación con el producto, lo cual permitiría flexibilidad y razonabilidad. En algunos casos el atleta tendría éxito, en otros no.

9.16.3 En Lapikov, el péndulo pivotó en otra dirección. El panel del CAS en ese asunto sostuvo que el Artículo 10.4 sólo podría aplicarse cuando un atleta ignorara que lo que ingirió contenía una sustancia específica porque nadie que tomara a sabiendas una sustancia específica podría cumplir la Segunda Condición diciendo

que esta sustancia específica no pretendía aumentar el rendimiento. Sin embargo esta situación está precisamente prevista en el comentario donde uno de los ejemplos de prueba corroborativa enumerados para la falta de intencionalidad son los historiales médicos confirmado la receta, no relacionada con el deporte, de la sustancia específica. En tal situación el atleta tendría (o podría de todos modos tener) conocimiento de lo que ingirió.

9.17 Lapikov asimismo señaló que los casos Oliveira, Berrios y Kolobnev eran Casos Tipo A en tanto que el presente caso es Tipo B; la ITF sugirió que éste caso debería distinguirse en base a ello. La mayoría del Panel no está persuadido de la lógica de la distinción en derecho, aunque reconoce la distinción de hecho, con un impacto en el efecto de la ley en que puede quizá ser más fácil probar la ausencia de intencionalidad en casos Tipo A (caso de contaminación) que en caso de Tipo B.

9.18 La mayoría del panel ha llegado pues a la conclusión de que (el artículo) WADC 10.4 en Foggo en el párrafo 47 es la correcta y la asume:

“WADC 10.4 no se cumpliría si un atleta cree que la ingestión de la sustancia aumentará su rendimiento aunque el atleta no sabe que la sustancia contiene un ingrediente prohibido. El mero hecho de que el atleta no supiera que la sustancia contenía un ingrediente prohibido no demuestra ausencia de intención”.

COMENTARIOS: Cabe señalar que hubo acuerdo en la primera condición, donde se dice:

“9.6 Las partes han aceptado que la fuente de la violación antidopaje de Kutrovsky’s fue la ingestión de Jack3d, cumpliendo por tanto la Primera Condición. Donde las partes difieren es en cuanto a si Kutrovsky cumple la Segunda Condición, esto es si tomó Jack3d con intención de aumentar su rendimiento deportivo”.

Pues bien, hemos transcrito íntegramente la extensa segunda condición, por su gran interés al realizar una revisión de los criterios aplicables a sustancias específicas y su relevancia en cuanto al estudio de la responsabilidad objetiva.

Antes de analizar las aportaciones de este laudo, y con el fin de comprender mejor el razonamiento que expresa, conviene transcribir el texto del repetidamente citado artículo 10.4 del WADC, a saber:

“10.4 Eliminación o Reducción del Período de No Elegibilidad por Sustancias Específicas bajo Circunstancias Específicas. Donde un atleta u otra persona pueda establecer como ha entrado en su cuerpo una Sustancia Específica o vino a estar en su poder, y que tal Sustancia Específica no pretendía aumentar el rendimiento deportivo del atleta o enmascarar el uso de sustancias que aumente el rendimiento, el periodo de inelegibilidad del artículo 10.2 será reemplazado por el siguiente:

Primera violación: Como mínimo, una reprimenda y sin período de inelegibilidad de eventos futuros, y como máximo dos (2) años de inelegibilidad

Para justificar cualquier eliminación o reducción, el Atleta u otra persona debe presentar evidencia que corrobore su palabra y establezca a satisfacción del panel la ausencia de una intención de aumentar el rendimiento deportivo o enmascarar el uso de una sustancia que lo aumente. El grado de culpa del atleta u otra persona será el criterio a considerar para evaluar cualquier reducción del período de inelegibilidad”.

Asimismo nos parece imprescindible aclarar que las sustancias específicas son aquellas que, estando prohibidas, se prestan a infracciones no intencionadas por la razón de que muchas de ellas están presentes en medicamentos que se pueden adquirir sin receta médica. Es el caso por ejemplo de estimulantes como la efedrina, la L-metilanfetamina, el alcohol, o el enmascarante Probenecid.

Esa posibilidad de ingestión involuntaria es precisamente el que ha dado lugar a un diferente tratamiento por las normas WADC con respecto a otras sustancias que no cabe esperar que se encuentren en medicamentos recetados por causas extradeportivas.

Pues bien, el laudo examinado nos aporta una revisión crítica de casos anteriores, y un razonable intento de justificar la decisión adoptada por el panel, a la

par que un reconocimiento de la dificultad en decantarse por uno u otro de los criterios asumidos en los casos previos que se citan.

La aportación esencial de este laudo consiste en poner de relieve que lo esencial de la segunda Condición del 10.4 no es que se declare por el atleta que desconocía que la sustancia estaba prohibida y/o que estaba contenida en ese medicamento que se le ha recetado, por ejemplo, y que esa manifestación deba ser confirmada a por otra prueba corroborativa, sino que lo esencial es la intención o no de mejorar rendimiento, pues así lo afirman al decir “... *la visión de la mayoría del Panel (es) que es la ausencia de intención de mejorar rendimiento al tomar lo que se haya tomado la que en realidad es el verdadero enfoque de la Segunda Condición del Artículo 10.4 WADC*”.

Ahora bien, cabe preguntarse entonces ¿qué es la intención? El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española señala:

“intención. (Del lat. intentio, -ōnis).

1. f. Determinación de la voluntad en orden a un fin”.

La pregunta nos parece ahora inevitable ¿cómo se puede juzgar de forma “objetiva” una intención? De hecho, objetividad e intencionalidad nos parecen términos incompatibles, y su conciliación en una misma frase lo entendemos como una antinomia.

También nos parece de interés la conclusión final citada en el laudo, esto es “*El mero hecho de que el atleta no supiera que la sustancia contenía un ingrediente prohibido no demuestra ausencia de intención*”, aunque a nuestro entender esto no resuelve el problema de fondo, sino solamente contrasta con pronunciamientos previos en otros asuntos, e incluso cabe afirmar que los contradice.

Según nuestro punto de vista, al no fijarse criterios objetivos de exoneración sino referirse de modo genérico a la ausencia de intención, se está vulnerando precisamente el principio de responsabilidad objetiva. En efecto el laudo supone una brecha clara en la aplicación de dicho principio en la medida que se le niega aplicabilidad plena, pues no cabe una responsabilidad, digamos, “más o menos”

objetiva, pues en la matización interviene, por pura lógica, elementos de subjetividad. No podemos interpretar de otro modo la justificación que hace el panel de circunstancias que, más allá de atenuar o modular la sanción impuesta, van a la raíz misma de la infracción. En efecto, si se admite que hay circunstancias que pueden eximir totalmente de responsabilidad pese a darse el hecho objetivo de la presencia de la sustancia específica en el organismo del atleta, entonces estamos negando la responsabilidad objetiva.

Es nuestra opinión que, definida la infracción como presencia de la sustancia prohibida en el cuerpo del atleta, cualquier circunstancia que permita eximir de responsabilidad impide ya hablar de responsabilidad objetiva puesto que, a riesgo de reiterarnos, entendemos que o la responsabilidad objetiva lo es siempre y en todo caso, o ya no es objetiva, pues por extremo e improbable que sea el supuesto de exoneración, ya rompe la estructura objetiva.

En definitiva, una cosa es que se establezcan circunstancias objetivas que permitan la exoneración de la sanción objetiva prevista, como por ejemplo sería la fuerza mayor, y otra cosa muy distinta es que se entre por el panel a considerar si existe o no “intencionalidad”, pues esto es siempre, inevitablemente, una cuestión meramente subjetiva.

ASUNTO: Laudo CAS 2012/A/2789 International Paralympic Committee (IPC) v. I., Venezuelan National Paralympic Committee (COPAVEN), Venezuelan National Anti-Doping Organization (VNADO) & Sport Federation for Visually Impaired Athletes in Venezuela (FEPOCIVE), laudo de 17 Diciembre 2012 .

SINTESIS: Nos remitimos a la síntesis del caso ya expuesta al tratar de este laudo al estudiar la presunción de inocencia.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA:

“2.7 El 10 de Noviembre de 2011, tuvo lugar en Guadalajara, Méjico, una reunión entre los representantes del Apelante y del Segundo. Como resultado de esta reunión, el miembro del Comité Antidopaje de la IPC Joseph de Pencier envió una carta al segundo demandado el 11 de Noviembre de 2011, como sigue:

“En contestación a su carta fechada el 9 noviembre 2011, y como continuación a la reunión con su delegación de anoche aquí en Guadalajara, el IPC entiende que I. tiene una analítica adversa por esteroide anabólicos. El IPC entiende asimismo que bajo las normas antidopaje de Venezuela, se ha determinado por el Comité de honor de la Federación nacional que el atleta ha cometido una infracción de las normas antidopaje pero no debería ser sancionado. El IPC entiende asimismo que se impuso una suspensión provisional pero fue dejada sin efecto el 3 de noviembre.

No parece que la decisión del Comité de honor sea conforme a los requisitos del código antidopaje mundial y de las normas antidopaje nacionales en cumplimiento de dicho código. Según dichos requisitos, un atleta es "responsable objetivamente" por cualquier sustancia prohibida que se le encuentre en una muestra. Solamente si hay "circunstancias excepcionales" puede alzarse total o parcialmente una suspensión. La información facilitada al IPC no demuestra que haya "circunstancias excepcionales" en este caso que fueran debidamente tomadas en consideración por el Comité de honor. Es más, el IPC no tiene autoridad para considerar las circunstancias de la atleta porque su analítica adversa no fue de una muestra obtenida por el IPC o bajo la autoridad del IPC. A menos que haya más información demostrando que el Comité de honor ha tomado una decisión de conformidad con los requisitos del código mundial antidopaje y de las normas nacionales antidopaje concordantes con dicho código, el IPC no puede permitir a la atleta que compita en los juegos parapanamericanos 2011.

Como se discutió con su delegación anoche, si la atleta ha recibido mal consejo o asesoramiento de un entrenador, instructor u otro miembro del sistema deportivo venezolano, ustedes deberían considerar si dicha persona o personas podrían ser investigadas y sancionadas”.

7.2 La demandada primera no objetó el resultado del análisis de su muestra A y no pidió una confirmación para análisis de su muestra B. Ella declaró que no sabía cómo había entrado la sustancia prohibida en su cuerpo y que era inocente. A la luz de estos hechos, el árbitro único entiende que se ha establecido que por la demandada primera se ha cometido una vulneración de las normas antidopaje. La demandada primera, en el procedimiento ante el cuarto demandado se refirió al artículo 10.5.1, y quería que fuera aplicado entonces. En la exposición de su apelación la demandada primera propuso la aplicación del artículo 10.5.2 WADC. En su argumentación posterior alegó una vez más que debía aplicarse el artículo 10.5.1 WADC.

El árbitro único debe considerar el comentario de estos artículos en la medida en que concierne al alegado sabotaje y la respectiva jurisprudencia del CAS en casos similares (véase p.e. CAS 2006/A/1067, y 6.8 – 6.17; CAS 2007/A/1399, en par. 99 – 113; CAS 2008/A/1515, en par. 114 – 126; CAS 2012/A/2797, en par. 59).

7.3. El comentario de WADA deja claro que ambos artículos consideran circunstancias verdaderamente excepcionales que no se dan en la inmensa mayoría de casos e ilustra esto con algunos ejemplos. WADA aduce el ejemplo de sabotaje por un competidor pese al cuidado debido del atleta afectado como cumplimiento de los requisitos del artículo 10.5.1 WADC. Por otro lado el artículo 10.5.2 podría ser aplicado bajo circunstancias particulares de casos de administración de la sustancia prohibida por el médico personal del atleta o el entrenador sin informar al atleta, porque “los atletas son responsables por su elección del personal médico y de advertir al personal médico que no pueden darles ninguna sustancia prohibida”.

La misma lógica se aplica a la sabotaje de la comida o bebida del atleta por su esposa, entrenador o cualquier persona en el círculo de asociados al atleta, porque “los atletas son responsables de lo que ingieren y por la conducta de aquellas personas a quienes confían acceso a su comida y bebida”.

7.4. El atleta debe observar las normas de prueba establecidas a la hora de probar en un caso individual que no tiene culpa ni negligencia (artículo 10.5.1) o no tiene culpa significativa o negligencia significativa (artículo 10.5.2). Cuando la carga de

la prueba recae sobre el atleta para rebatir una presunción o establecer hechos o circunstancias especificadas, el estándar de prueba será por "balance de probabilidades". El estándar de balance de probabilidades se establece por la WADC y por la jurisprudencia del CAS y significa que el atleta de quien se afirma que ha cometido una infracción de dopaje soporta la carga de persuadir al organismo que le juzga de que la concurrencia de una circunstancia especificada es más probable que su no concurrencia (véase p.e. CAS 2006/A/1067 en párrafo 6.4; CAS 2012/A/2797 y párrafo 61).

7.5. A la luz de los requisitos antedichos a cumplir por la demandada primera y a ser evaluados por todas las otras partes en estos procedimientos, la decisión del cuarto demandante Comité de Honor de fecha 14 marzo 2012 y los argumentos de la demandante primera, en opinión del árbitro único no respetan debidamente la condición básica que tiene de cumplirse para aplicar el artículo 10.5.1 o el artículo 10.5.2 WADC, así como los 10.5.1 o 10.5.2 del código antidopaje del IPC. Esta condición es que el atleta debe establecer cómo ha entrado en su cuerpo la sustancia prohibida.

7.6. La demandada primera manifestó sobre este requisito que ella no sabe cómo la sustancia prohibida dentro de su cuerpo. En su última correspondencia, ella levantó la sospecha de que había sido víctima de una intriga en interés de una atleta rival y señaló, en particular, a la conexión entre su guía y el presidente del cuarto demandado sin acusar abiertamente a ninguno de ellos de haber cometido u organizado el sabotaje. Aparte de asunciones y especulaciones no comprobadas, la demandada primera no ha facilitado ninguna evidencia corroborativa. Tal evidencia habría sido necesaria para determinar si no había culpa o negligencia o culpa o negligencia no significativa.

7.7. El cuarto demandado Comité honorario en su primera decisión del 3 noviembre 2011 discutió que una medicación que quema grasa (L-carnitina) o comida contaminada de oveja podrían haber sido los medios y formas como la sustancia prohibida entró en el cuerpo de la primera demandada. Asimismo esta discusión, en todo caso, se basaba en meras suposiciones y no facilitaba ninguna evidencia corroborativa. En cuanto a la medicación, si éste fue el medio, habría sido necesario

un TUE. La demandada primera no siguió dicho argumento, tampoco en su última correspondencia, y no fundamentó las asunciones del Comité honorario.

7.8. Puesto que la demandada primera no pudo dar pruebas a satisfacción del árbitro único en base a la probabilidad de que ella tuvo sin culpa ni negligencia o con culpa o negligencia no significativa no se han cumplido los requisitos de los 10.5.1 y 10.5.2 WADC y 10.5.1 y 10.5.2 del Código antidopaje IPC respectivamente. Así el artículo 10.2 WADC y el 10.2 del Código antidopaje IPC respectivamente deben aplicarse. Esto significa que aparte de la aplicación automática del artículo WADC/Artículo 9 Código antidopaje IPC debe imponerse a la demandada primera un período de inelegibilidad de dos años.

7.13 En opinión del árbitro único es obvio que las disposiciones de los artículos 8.2 y 8.5 del Código antidopaje IPC han sido vulneradas por el Apelante en cuanto a la suspensión del primer demandante para los juegos Parapanamericanos. El árbitro único sostiene que la notificación de la prueba analítica adversa de la muestra de la demandada primera -que tuvo lugar el 21 agosto 2011-a la demandante primera el 20 octubre 2011 vulneró su derecho a ser informada en tiempo y forma que las vulneraciones del código antidopaje afirmadas de conformidad con el artículo 8.1 WADC, puesto que el informe del laboratorio está fechado el 14 septiembre 2011. Como se puede ver en una carta del segundo demandado al apelante, una primera suspensión al primer demandante tuvo lugar el 16 septiembre 2011 en obvia cooperación entre el cuarto y el segundo demandado. No obstante, la notificación formal al cuarto demandado por el tercer demandado tuvo lugar el 10 octubre 2011, y fue tramitada al cuarto demandado por la demandada primera solamente el 20 octubre de 2011. Incluso si esta notificación se refiere tan sólo a las leyes de Venezuela, no se puede considerar en tiempo y forma según considera la WADC. Esto significa, que el segundo, tercero y cuarto demandado estaban implicados en esta vulneración de los derechos de la demandada primera.

7.14 El evaluar estos defectos procedimentales, el árbitro único quiere referirse primero a la jurisprudencia general del CAS la cual ante los antecedentes jurisprudenciales del Tribunal Federal Suizo sostiene que la virtud que un sistema de apelación que permite una completa nueva audiencia ante el organismo de apelación

es que cualesquiera defectos de procedimiento ante el organismo apelado al CAS son subsanados por el procedimiento ante el CAS (véase p.e .CAS 98/211 párrafo 8 con referencias a la jurisprudencia del Tribunal Federal Suizo).

7.15. El árbitro único debe, en todo caso, determinar si la demandada primera, por el tiempo transcurrido, ha perdido cualquier posibilidad de demostrar cómo la sustancia prohibida entró su cuerpo y que no tenía culpa o negligencia o tuvo una negligencia no significativa. La demandada primera no pidió un análisis de su muestra B, no discutió el resultado del análisis de su muestra A y no dio ningún paso para explorar cómo la sustancia prohibida entró su cuerpo. Así pues, el tiempo que ha pasado y que de otro modo poder tenido un impacto en establecer prueba de cómo la sustancia entró su cuerpo, no fue utilizado por la demandada primera para tal propósito. Desde el principio, la demandada primera argumentó que ella no sabía como la sustancia entró su cuerpo, pero que no tenía culpa. En ningún momento posible la demandada primera intentó buscar y facilitar prueba corroborativa para el propósito de que le fueron aplicados los artículos 10.5.1 y 10.5.2 WADC y/o Código antidopaje IPC. El árbitro único, por tanto, sostiene que la vulneración de los derechos procedimentales de la demandada primera no afectaron a su posibilidad de establecer la prueba necesaria, porque todo el tiempo no fue consciente de que tal evidencia fuera necesaria para demostrar que fueran de aplicación las disposiciones antedichas.

7.16 Por otro lado, los defectos procedimentales llevaron a “demoras no imputables al atleta” en la concepción de los artículos 10.9.1 WADC y Código antidopaje IPC respectivamente y permiten al árbitro único determinar que el período de inelegibilidad debe comenzar en la fecha de obtención de la muestra A de la demandante primera, esto es el 21 agosto de 2011”.

COMENTARIOS: La aportación sustancial de este laudo, en cuanto a la responsabilidad objetiva, es que, ante un caso de posible ingestión totalmente inadvertida de una sustancia prohibida, circunstancia obviamente ligada a la condición de discapacitada visual total de la atleta, el árbitro argumenta la

responsabilidad del atleta aludiendo a una “culpa in eligendo” en lugar de la “culpa in vigilando” habitualmente invocada siquiera de forma implícita.

En efecto, si el argumento típico, reiterado una y otra vez por el TAS, es que el atleta es responsable de lo que ingiere, por tanto incurre en responsabilidad objetiva por “culpa in vigilando”, en este peculiar supuesto, dadas las características de la atleta, se sostiene en que debió elegir mejor su entorno, médicos, entrenador, etc., lo cual constituye una típica “culpa in eligendo”.

Cabe recordar que la “culpa in vigilando” y la “culpa in eligendo” se consideran los fundamentos de la responsabilidad por hechos ajenos, al entenderse, en el primer caso, que el declarado responsable tenía obligación de supervisar, vigilar o cuidar de quien ocasiona los daños, y es la negligencia en el cumplimiento de esa obligación la que determina la responsabilidad o bien, en el segundo caso, que hubo un error de elección de la persona, que también determina la responsabilidad.

El fundamento jurídico más paradigmático de la responsabilidad por hechos ajenos lo encontramos en el 1903 del Código Civil a cuyo tenor:

“Artículo 1903

La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.

Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones.

Las personas o entidades que sean titulares de un centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o

vigilancia del profesorado del centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.

En consecuencia, podríamos decir que la atleta es sancionada por no haber empleado toda la diligencia precisa en elegir las personas de su entorno.

Por otro lado, observamos en el laudo que las demoras procedimentales las tiene únicamente en cuenta como fundamento para, en beneficio de la atleta, fijar una fecha de inicio de inelegibilidad anterior a la que le hubiera correspondido en caso de haberse seguido el procedimiento con unos plazos normales de actuación.

ASUNTO: Arbitraje CAS 2013/A/3139 Fenerbahçe SK v. Union des Associations Européennes de Football (UEFA), Laudo de 5 de Diciembre de 2013.

SINTESIS: En el curso de un partido de UEFA entre el Fenerbahçe Spor Kulübü y el FC Spartak Moskva que tuvo lugar el 29-8-2012, se produjeron lanzamiento de bengalas y otros incidentes. UEFA sancionó al Fenerbahçe Spor Kulübü, club anfitrión, y el TAS confirmó la sanción.

PRONUNCIAMIENTOS RESPECTO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA:

“90.... De conformidad con la ley Suiza, un procedimiento disciplinario relativo al deporte, llevado a efecto por organismos deportivos contra uno de sus miembros se califica como disputas civiles y no como procedimiento penal (CAS 2010/A/2311-2312, no. 7.6; HAAS, Rol y aplicación del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos [ECHR] n CAS Procedures, I.S.L.R. 3/2012, p. 47).

106. El Panel observa que bajo la ley Suiza, una decisión de una asociación como UEFA puede ser recurrida de conformidad con el artículo 75 del SCC²¹⁰. Bajo el epígrafe “protección de los derechos de los miembros”. El artículo 75 SCC establece lo siguiente:

“Cualquier miembro que no ha consentido una resolución que infringe la ley o los estatutos está facultado por ley para recurrir dicha resolución ante los juzgados en el plazo de un mes desde que tenga conocimiento de la misma”.

109.- Sin embargo, como se ha señalado antes, el Panel considera que el principio de responsabilidad objetiva, tal como viene enunciado en los Artículos 6(1) y 17 (1) del DR de UEFA no viola el orden público Suizo o el artículo 6 de la ECHR. Este principio de responsabilidad objetiva es una norma bien establecida en organizaciones deportivas mundiales que no “infringe la ley o los estatutos” y como tal el Panel entiende que la decisión apelada no es nula a la luz del Artículo 75 SCC”.

COMENTARIOS: Aún cuando el laudo contiene numerosas referencias a la responsabilidad objetiva, nos hemos abstenido de citarlas en su mayor parte porque constituirían una mera reiteración de los argumentos expuestos en el 2008/A/1688 relativo a los incidentes en el campo del Atlético de Madrid con ocasión de un partido con el Olympic de Marsella.

Los párrafos que hemos citado tienen interés porque hacen referencia a la posibilidad que confiere el derecho suizo de recurrir las resoluciones de una asociación cuando se infrinjan la ley o los estatutos, posibilidad cuya aplicación al caso se rechaza. En cuanto a la referencia al ECHR, el TAS deja claramente afirmado una vez más que, según el derecho suizo, los derechos y principios que son propios del procedimiento penal no son aplicables al caso por estar tratándose de sanciones de entidades deportivas a sus asociados, por lo que no se puede invocar con éxito los principios mínimos que recoge el ECHR

²¹⁰ Swiss Civil Code – Código Civil Suizo.

B.- ELABORACIÓN DE UNA FORMULACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TAS

Hemos llevado a cabo el examen de aquellos laudos, de acceso público, publicados desde 1986 y que se refieren al principio de responsabilidad objetiva, y hasta la fecha de cierre del presente trabajo, Diciembre 2014.

Ahora nos proponemos formular nuevamente el principio, pero incorporando a la definición provisional que habíamos enunciado de conformidad con el derecho español las aportaciones que hemos encontrado en la jurisprudencia del TAS.

Con este fin, y de modo similar a cómo hemos procedido respecto a la presunción de inocencia, y en aras de un mayor claridad expositiva, vamos a analizar los pronunciamientos del TAS según la cuestión de que se ocupan en cuanto al principio de de responsabilidad objetiva, para lo cual los agrupamos del siguiente modo:

- a. El concepto de responsabilidad objetiva
- b. La justificación de la aplicación del principio.
- c. El requisito esencial de procedibilidad.
- d. El alcance de la aplicación del principio.

Pasamos por tanto a continuación a examinar cada uno de ellos.

a) El concepto de responsabilidad objetiva

Para el TAS se trata de la responsabilidad civil, sin culpa ni acto dañoso.

Así lo enuncia ya en el laudo CAS 95/142. *“bajo el término “responsabilidad objetiva” se podría entender un concepto de responsabilidad similar al de responsabilidad civil, sin culpa ni acto dañoso, o comparable al caso de responsabilidad de producto”*.

Por ello, en relación al concepto de este principio, se puede afirmar lo siguiente:

En el ámbito deportivo de la “lex sportiva”, responsabilidad objetiva es la que resulta de la infracción de una norma prohibitiva cuando dicha norma no exija ningún grado o forma de culpa, dolo o negligencia, sino la mera inobservancia de la norma.

b) La justificación de la aplicación del principio

Hemos visto como el TAS defiende la aplicabilidad del principio utilizando varios argumentos, de entre los que destacan dos que exponemos a continuación.

En primer lugar, desde una óptica conceptual se afirma reiteradamente la importancia de la lucha contra el dopaje y sus altos objetivos. En segundo lugar, y complementariamente, se hace referencia a las necesidades prácticas que se han de enfrentar para la efectividad de dicho objetivo.

En efecto, el TAS considera que la eficiencia y la práctica de la lucha contra el dopaje sólo pueden llevarse a efecto mediante la aplicación de la responsabilidad objetiva, que se considera una herramienta esencial, e indispensable.

Sobre el particular, ya en el laudo TAS 94/129, con cita a su vez del 94/129, señala:

“El (Panel) considera que en principio los altos objetivos y las necesidades prácticas de la lucha contra el dopaje justifican ampliamente la aplicación de un estándar de responsabilidad objetiva”.

Esta justificación teórica se verá reforzada por el, a nuestro entender, importante y clarificador laudo CAS 98/222 que afirma:

“La norma de responsabilidad objetiva es esencial e indispensable para una lucha eficiente contra el dopaje en el deporte y por la protección de la justicia hacia todos los competidores, y de su salud y bienestar”.

Dicho laudo analiza el concepto de “responsabilité objective” en derecho civil, que lleva a hacer al sujeto responsable sin tener en cuenta su culpa, hace irrelevante la cuestión de culpabilidad y permite la exoneración solamente en casos muy limitados y exhaustivamente detallados, tal como “force majeure”²¹¹ o bien, otro ejemplo, por hecho ilícito de tercera persona.

El TAS afirma en dicho laudo que realiza una transposición fiel del concepto legal civil de daños de “responsabilidad objetiva”, y asevera que no sólo el ente sancionador no tiene la carga de la prueba de que el atleta es culpable por haber “tomado” la sustancia prohibida, sino que afirma también que incluso ante la existencia de una prueba válida por el atleta de que no hubo culpa por su parte (es decir ni intención ni negligencia) tal prueba no le exoneraría de responsabilidad. En efecto, el TAS considera que no es admisible la alegación de “no culpabilidad”. o, mejor dicho, que no exonera, sino que tan sólo tiene trascendencia como una potencial circunstancia atenuante a la hora de la determinación de la sanción apropiada.

En cuanto a la afirmación por el TAS de que existen razones de índole práctico para aplicar la responsabilidad objetiva, se argumenta, por ejemplo, la dificultad de medir en cada caso el efecto exacto de un producto en un atleta, y, por ello, la imposibilidad práctica de aplicar la norma sancionadora con criterios objetivos.

Así lo afirma el laudo 2007/O/1381 al señalar que el principio de responsabilidad objetiva se justifica *“por la dificultad de medir en cada caso el efecto exacto de un producto prohibido sobre el rendimiento del atleta”*

Por otra parte el laudo 98/222 ya citado introduce un tercer elemento justificativo de la responsabilidad objetiva, que podríamos denominar la exigencia de equidad.

Entendemos que cuando el laudo fundamenta la aplicación del principio en *“la protección de la justicia hacia todos los competidores”*, está haciendo referencia a

²¹¹ En español se conoce como “fuerza mayor”, en inglés “act of God”, o en latín “vis maior”, hace referencia a hechos que no se pueden ni evitar ni prever.

una pretensión de igualdad de trato y de oportunidades para todos, que en definitiva es una cuestión equidad.

En este mismo sentido encontramos el laudo 1998/214, que desarrolla esta “*justicia*” fundamentando la responsabilidad objetiva en la necesaria equidad, y afirmando que “*la responsabilidad objetiva debe prevalecer cuando la equidad deportiva está en juego*” debiendo entenderse, según nuestro criterio, en el sentido que, mediante la aplicación objetiva de la norma, se pretende mantener a todos los deportistas en una igualdad de situación ante el reto deportivo.

De un modo similar se justifica la aplicación de la responsabilidad objetiva en atención al principio en la igualdad entre competidores y la imposibilidad de medir los efectos exactos de una sustancia prohibida (laudo 2007/O/1381).

Ahora bien, hay que señalar que el TAS rectificó la radicalidad de la defensa de la responsabilidad objetiva cuando confrontó dicho principio con los derechos de la personalidad del atleta, lo que ocurrió con ocasión del laudo 2001/A/317 A. En efecto, en dicho laudo el TAS llega a reconocer que mantener el principio sería válido tan sólo si fuera el único medio posible de luchar contra el dopaje, pero que en realidad no es el único, ya que el medio de lucha que se utiliza es el de trasladar la carga de la prueba. En consecuencia, el TAS manifiesta que no está ya dispuesto a mantener el principio (estricto) de responsabilidad sin culpa. Sin embargo, cabe destacar que esta cuestión no es un pronunciamiento decisorio del laudo, sino realmente un “*obiter dicta*”. pues no se va a entrar en profundidad a aplicar las consecuencias de esas afirmaciones en ese mismo laudo, ya que en el caso no se discuten las circunstancias objetivas.

Entendemos que este laudo tiene importancia en la medida en que es uno de los antecedentes para las matizaciones que posteriormente se imponen en la jurisprudencia del TAS, en particular en el laudo del llamado Caso Contador, al que nos referimos en el apartado siguiente, al analizar la aplicación del principio de responsabilidad objetiva.

En resumen, son tres las justificaciones que entendemos se afirman por el TAS, a saber, los altos objetivos de la lucha contra el dopaje, sus necesidades prácticas, y la equidad entre competidores.

A la vista de cómo justifica el TAS la aplicación del principio, podemos incluir en la definición las siguientes afirmaciones:

En los supuestos de dopaje, la aplicación de la responsabilidad objetiva se justifica en los altos objetivos de la lucha contra el dopaje, y las necesidades prácticas de la misma y por la protección de la justicia e igualdad de trato hacia todos los competidores y de su salud y bienestar.

c) El requisito esencial de procedibilidad

Con la denominación de requisito de procedibilidad queremos referirnos a la aplicación de lo que en nuestro derecho conocemos como principio de tipicidad, y al que ya nos hemos referido extensamente en este trabajo.

El TAS ha manifestado que cuando se va a adoptar una prueba de responsabilidad objetiva es aún más importante que las normas de práctica de la prueba sean absolutamente claras. Así lo señala en el laudo 94/129 cuando expresa que, por razón de que la UIT adopta la prueba de responsabilidad objetiva, entonces las normas del procedimiento deben ser, dice el TAS, “crystal clear”, expresión coloquial en inglés que podríamos traducir como “más claro que el agua”.

Esta exigencia de claridad diáfana de la norma como consecuencia de optar por la responsabilidad objetiva se complementa, a nuestro entender, con la exigencia por el TAS de que la norma sea conocida.

En efecto el TAS exige que cuando se va a sancionar en aplicación del principio de responsabilidad objetiva, la norma invocada sea conocida y comprendida. En concreto, exige que, por el sancionador, se pueda acreditar que quien va a ser sancionado en aplicación de la norma la conocía y comprendía o al menos pudo razonablemente saber que su actuación era errónea. El TAS entiende que no se puede sancionar por conductas que ni se sabían ni razonablemente podían saberse que eran erróneas, como explica en laudo 2004/A/725, en un supuesto de infracción de dopaje, en el que señala que incumbe a las federaciones correspondientes dar a conocer las normas a quienes están bajo su jurisdicción.

Para que se pueda aplicar la responsabilidad objetiva es requisito previo que la conducta sancionable haya quedado claramente enunciada como tal en la normativa que se invoca para sancionar, y que el sancionador conociera y comprendiera la norma o, al menos, pudiera razonablemente saber que su conducta era errónea.

d) El alcance de la aplicación del principio

En este apartado formulamos las siguientes afirmaciones:

- El principio se aplica prescindiendo de la intencionalidad o incluso el conocimiento por el atleta de que consume sustancia prohibida, puesto que el atleta tiene un deber de cuidado. Así se sostiene en el laudo 2000/A/281 H y en el mismo sentido en CAS 2000/A/312 cuando se afirma que el consumo de sustancias prohibidas, aunque no sea intencional es, cuando menos, una negligencia del atleta. Es más, a tenor del laudo CAS 2012/A/2789, incluso aunque sea el entorno del atleta quien facilita la sustancia, se debe aplicar el principio pues existe una “*culpa in eligendo*” como causa de justificación de la sanción.
- También el caso Contador, laudo 2011/A/2384 y 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC, señala que el hecho de que el atleta haya consumido la sustancia “*inadvertidamente*” no excluye de la aplicación del principio de responsabilidad objetiva.
- En el mismo sentido encontramos el laudo 2012/A/2804 que asevera que el hecho que “*el atleta no supiera que la sustancia contenía un ingrediente prohibido no demuestra ausencia de intención*”. Ahora bien, este mismo laudo, introduce un matiz interesante al enfatizar la importancia de averiguar si existe o no, al consumir la sustancia, la “*intención de mejorar rendimiento*”. ya que considera esa intención como un criterio esencial, pues de su valoración puede derivar incluso a la exoneración del atleta. Este laudo constituye, a nuestro entender, un interesante precedente a invocar en casos

futuros, por si abriera una nueva línea interpretativa paneles posteriores, pese a que en modo alguno anula los criterios enunciados en laudos anteriores, y en particular el criterio frontalmente contrario sostenido por el panel del caso Contador, ni tampoco vincula a futuros paneles, pero no deja de ser una novedad jurisprudencial de posible aplicación futura.

- La carga de la prueba de dopaje para el organismo sancionador se exige según estándar de “a entera satisfacción”, y no “más allá de toda duda razonable”, como se recoge en el laudo del caso Contador.
- Una vez constatada la infracción de dopaje, la carga de la prueba se traslada del ente sancionador al atleta, formulando una presunción “*iuris tantum*”²¹² de culpabilidad. En este sentido nos encontramos con el laudo CAS 2000/A/310 L, que admite que el atleta puede no obstante rebatir esa presunción probando que existen causas que ponga en duda los resultados de la prueba.
- A la hora de probar su inocencia, al atleta le basta aplicar el estándar de “balance probabilidades” como se detalla en el caso Contador.
- Cabe la posibilidad de apreciar “*circunstancias atenuantes específicas y excepcionales*” que justifiquen una reducción de la suspensión del atleta. Esta afirmación se formula en el CAS 2000/A/310 L, ya que la norma sancionadora analizada en dicho laudo permite esa apreciación de las circunstancias.
- Ahora bien, aunque en principio esta posibilidad de apreciar tales circunstancias podría inducir a creer que el TAS acepta una primera brecha en la sólida y reiterada referencia a la responsabilidad objetiva, creemos que en realidad no es así, porque lo único que hace el TAS es aplicar la norma específica de esa Federación (FILA) y en la medida prevista por esa normativa sancionadora concreta, pero sin que quepa interpretar extensivamente que el principio sancionador por responsabilidad objetiva admite tener en cuenta con carácter general esas circunstancias atenuantes. Por el contrario, entendemos

²¹² Presunción *iuris tantum* es aquella que se establece por ley pero admite prueba en contra.

que sí se generalizará esa apreciación de circunstancias excepcionales, aún no estando previstas en la norma sancionadora concreta, con ocasión de analizar la responsabilidad de un club por la actuación de los aficionados, que se desarrolla en el laudo 2002/A/423. En efecto, en este laudo, y aún reafirmando el concepto de responsabilidad objetiva, en realidad se admite posibilidad de tener en cuenta las circunstancias excepcionales y de huir de la interpretación literal de la norma. En este caso, tales circunstancias fueron la imposibilidad, a todas luces evidente, de controlar a todos y cada uno de los espectadores de un acontecimiento deportivo de masas, por lo que se opta por el TAS por valorar si se ha cometido o no infracción alguna y se ha actuado con la diligencia debida. Ahora sí, a nuestro entender, en dicho laudo podemos afirmar una cierta quiebra del principio de responsabilidad objetiva estricta. En una línea similar encontramos el laudo CAS 2004/A/593.

- El principio de responsabilidad objetiva en casos de dopaje forma parte de una emergente “*lex sportiva*” (laudo CAS 2002/O/373).
- La inocuidad de la sustancia, por su escasa presencia en el cuerpo del atleta, no obsta a la sanción (laudo TAS 2005/A/958 R).
- Si se aspira a una justicia deportiva humana y equitativa, que proteja los derechos fundamentales de los atletas, se debe buscar el propósito o voluntad del legislador, favoreciendo la discreción judicial en detrimento de la predictibilidad del laudo. Este criterio se formula en el laudo 2011/A/2384 y 2011/A/2386 WADA v. Alberto Contador Velasco & RFEC, y abre pasa a una interpretación finalista o teleológica de la norma en lugar de la interpretación meramente literal de la misma.

Visto el tenor de las afirmaciones del TAS en cuanto al alcance en la aplicación del principio, podemos incorporar a su definición las siguientes afirmaciones:

En los casos de dopaje, el principio de responsabilidad objetiva supone que se considera cometida la infracción por la mera presencia de la sustancia en el organismo del atleta, sin que sea necesario que el sancionador deba valorar la intención, culpa, negligencia o uso con conocimiento y sin que impida la sanción el

hecho que, por la escasez de la sustancia encontrada, se pruebe científicamente que no se ha mejorado el rendimiento, y que el atleta introdujera la sustancia en su cuerpo inadvertidamente puesto que, aún acreditándose la falta de intencionalidad, el atleta es responsable también por omisión del deber de cuidado por “culpa in vigilando” y/o por su elección del entorno de personas que podían acceder a suministrarle esa sustancia, incluso inadvertidamente para el atleta, con fundamento en la “culpa in eligendo”.

En los casos de dopaje, la carga de la prueba de la presencia de la sustancia debe acreditarse por el sancionador bajo el estándar de “a entera satisfacción”

Establecida la presencia de la sustancia “a entera satisfacción” del sancionador, existe una inversión del “onus probando” según la cual se produce una presunción “iuris tantum” de culpabilidad del atleta, y la responsabilidad objetiva del atleta supone que, en general, incluso una prueba válida por el atleta de que no hubo culpa por su parte (es decir ni intención ni negligencia) no le exonerarían de responsabilidad sino que solamente se tendría en cuenta como circunstancia atenuante a la hora de la determinación de la sanción apropiada.

Ante la presunción de culpabilidad del atleta, la carga de la prueba se desplaza al atleta y éste puede rebatir la prueba de la infracción en atención a defectos procedimentales o científicos que pongan en duda el resultado de la prueba. El estándar de prueba que se exige al atleta para aceptar la prueba que presente es el de “balance de probabilidades”.

Cuando la normativa específica aplicable al deporte de que se trate lo permita, es posible admitir una atenuación del principio de responsabilidad objetiva, que permite incluso que el atleta, sometido al estándar de prueba de “balance de probabilidades”, pruebe su inocencia acreditando que la sustancia entró en su cuerpo con ausencia de culpa o culpa no significativa y/o negligencia y no buscó aumentar su rendimiento, como está previsto por ejemplo en los artículos 9 y 10.4 del WADC

En todo caso, es siempre necesario atender a las circunstancias concretas del supuesto a enjuiciar y no realizar una interpretación literal y automática de la

norma sancionadora, sino que mediante una interpretación finalista y discrecional, puede incluso exonerarse de culpa al infractor cuando se acredite la inexistencia de infracción alguna y que se ha actuado con la diligencia debida y el pertinente deber de cuidado.

Una vez vistas las principales aportaciones de los laudos considerados, presentamos una definición amplia del principio de responsabilidad objetiva en el ámbito deportivo a la luz de las aportaciones jurisprudenciales del TAS, e incorporando también los elementos de derecho español que no se contradicen con las aportaciones del TAS, o que simplemente se entienden implícitos, quedando formulada tal definición amplia como sigue:

En el ámbito deportivo de la “lex sportiva”, responsabilidad objetiva es la que resulta de la infracción de una norma prohibitiva cuando dicha norma no exija ningún grado o forma de culpa, dolo o negligencia, sino la mera inobservancia de la norma.

En los supuestos de dopaje, la aplicación de la responsabilidad objetiva se justifica en los altos objetivos de la lucha contra el dopaje, y las necesidades prácticas de la misma y por la protección de la justicia e igualdad de trato hacia todos los competidores y de su salud y bienestar.

Para que se pueda aplicar la responsabilidad objetiva es requisito previo que la conducta sancionable haya quedado claramente enunciada como tal en la normativa que se invoca para sancionar, y que el sancionador conociera y comprendiera la norma o, al menos, pudiera razonablemente saber que su conducta era errónea.

En los casos de dopaje, el principio de responsabilidad objetiva supone que se considera cometida la infracción por la mera presencia de la sustancia en el organismo del atleta, sin que sea necesario que el sancionador deba valorar la intención, culpa, negligencia o uso con conocimiento y sin que impida la sanción el hecho que, por la escasez de la sustancia encontrada, se pruebe científicamente que no se ha mejorado el rendimiento, y que el atleta introdujera la sustancia en su cuerpo inadvertidamente puesto que, aún acreditándose la falta de intencionalidad,

el atleta es responsable también por omisión del deber de cuidado por “culpa in vigilando” y/o por su elección del entorno de personas que podían acceder a suministrarle esa sustancia, incluso inadvertidamente para el atleta, con fundamento en la “culpa in eligendo”.

En los casos de dopaje, la carga de la prueba de la presencia de la sustancia debe acreditarse por el sancionador bajo el estándar de “a entera satisfacción”

Establecida la presencia de la sustancia “a entera satisfacción” del sancionador, existe una inversión del “onus probando” según la cual se produce una presunción “iuris tantum” de culpabilidad del atleta, y la responsabilidad objetiva del atleta supone que, en general, incluso una prueba válida por el atleta de que no hubo culpa por su parte (es decir ni intención ni negligencia) no le exonerarían de responsabilidad sino que solamente se tendría en cuenta como circunstancia atenuante a la hora de la determinación de la sanción apropiada.

Ante la presunción de culpabilidad del atleta, la carga de la prueba se desplaza al atleta y éste puede rebatir la prueba de la infracción en atención a defectos procedimentales o científicos que pongan en duda el resultado de la prueba. El estándar de prueba que se exige al atleta para aceptar la prueba que presente es el de “balance de probabilidades”.

Cuando la normativa específica aplicable al deporte de que se trate lo permita, es posible admitir una atenuación del principio de responsabilidad objetiva, que permite incluso que el atleta, sometido al estándar de prueba de “balance de probabilidades”, pruebe su inocencia acreditando que la sustancia entró en su cuerpo con ausencia de culpa o culpa no significativa y/o negligencia y no buscó aumentar su rendimiento, como está previsto por ejemplo en los artículos 9 y 10.4 del WADC. En todo caso, es siempre necesario atender a las circunstancias concretas del supuesto a enjuiciar y no realizar una interpretación literal y automática de la norma sancionadora, sino que mediante una interpretación finalista y discrecional, puede incluso exonerarse de culpa al infractor cuando se acredite la inexistencia de infracción alguna y que se ha actuado con la diligencia debida y el pertinente deber de cuidado.

CAPÍTULO V.- ¿CÓMO RESUELVE EL TAS LA CONTRADICCIÓN ENTRE AMBOS PRINCIPIOS?

Ante la contradicción entre ambos principios, el TAS ha elaborado jurisprudencialmente una serie de respuestas que vamos a ver a continuación.

A.- LA NECESIDAD DE APLICAR LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Hemos podido constatar que la jurisprudencia del TAS reiteradamente argumenta la necesidad de la aplicación del mecanismo de responsabilidad objetiva y lo fundamenta en los objetivos de la lucha contra el dopaje, la protección de la salud, la defensa del “*fair play*” deportivo, y demás argumentos que hemos venido examinando.

Es más, si nos detuviéramos exclusivamente en examinar la validez de aplicar el principio de responsabilidad objetiva, desde luego no podríamos ignorar que el TAS argumenta, y parece ser de justicia así reconocerlo, que el sancionador, esto es la propia federación que ha sancionado, generalmente carece de los medios de que disponen los tribunales y, es más, lo que sería equivalente a la instrucción previa en el ámbito del derecho penal tampoco es en modo alguno comparable con el procedimiento de instrucción que se lleva a cabo en los organismos sancionadores federativos, lo cual refuerza la afirmación de la necesidad de aplicar la responsabilidad objetiva.

Es forzoso reconocer que tampoco el propio TAS, e incluso en comparación con un tribunal ordinario, y no ya con un tribunal penal sino con uno civil, carece de medios de investigación propios porque no dispone de una autoridad que le permita imponerse de forma coactiva y, por ejemplo, no puede obligar a los testigos a comparecer bajo apercibimiento de ser conducidos por la fuerza pública, no puede acordar un testimonio de particulares y la remisión al juzgado de instrucción o a fiscalía por una falsedad ante el tribunales, etc. y cabría sostener que todas estas carencias junto a la necesidad de combatir el dopaje de modo efectivo, justificarían por tanto, siquiera parcialmente, la aplicación de responsabilidad objetiva, pues no

podemos olvidar que aún cuando el TAS actúe como organismo sancionador, no es Administración de justicia.

En cierto modo, el TAS se enfrenta a una dificultad similar a la de la Administración cuando aplica derecho administrativo sancionador, frente a los recursos de que disponen los tribunales jurisdiccionales, dada la diferencia de medios que unos y otros pueden utilizar.

Ahora bien, en nuestra opinión, el propio TAS, y aun afirmando sin ambages que en el derecho sancionador sobre el que se pronuncia no se deben aplicar principios de defensa propios del derecho penal, pues no lo es, no obstante sí entiende que tales principios entran en juego, al menos en cierta medida, por el mero hecho de tratarse de disposiciones sancionadoras, y, evidentemente, entre esos derechos a los que se debe prestar la atención debida, si no se quiere actuar de forma injusta, figura como esencial el de la presunción de inocencia.

Pues bien, si aceptamos que el TAS afirma la necesidad de aplicar la responsabilidad objetiva por los motivos expuestos, vemos que ha introducido unos mecanismos de compensación en la exigencia de prueba que entendemos que, en cierta medida, corrigen la posible injusticia que podría derivarse de la aplicación estricta, directa y sin matices de la responsabilidad objetiva, utilizando, como primer mecanismo corrector, la exigencia de un diferente estándar de prueba para sancionador y sancionado, como veremos a continuación.

B.- LA DIFERENCIACIÓN EN EL ESTÁNDAR DE PRUEBA

Como bien reconoce el laudo CAS 2011/A/2384 CAS 2011/A/2386 o caso “Contador”, en lo que a normas antidopaje se refiere nos hallamos, dice “*al borde del precipicio de injusticia y arbitrariedad*” que, se sobreentiende del laudo, no se puede amparar solamente en los altos objetivos de la lucha antidopaje.

Los argumentos que el TAS utiliza en defensa de la necesidad de aplicar la responsabilidad objetiva son ciertamente todos ellos muy válidos y loables en sí mismos, pero que, no obstante, entendemos que no permiten ni llegar a prescindir totalmente del elemento subjetivo, ni tampoco facultan para obviar la cuestión de si se están vulnerando o no derechos fundamentales.

Es en ese laudo, que ha sido la motivación principal para emprender este trabajo, donde hemos visto que el TAS articula lo que podríamos llamar un mecanismo de compensación de la prueba, por el cual intenta de algún modo reequilibrar los derechos en colisión.

El mecanismo consiste esencialmente en que, para cualquier supuesto de responsabilidad objetiva, al sancionador se le exige un nivel de prueba más alto que al sancionado, puesto que, como ya hemos explicado con ocasión del análisis del caso Contador, frente a la exigencia normal al sancionador de que la prueba que de lugar a sanción se practique al nivel “a entera satisfacción”, al sancionado le basta, en su defensa, acogerse a la prueba en su favor según el “balance de probabilidades”.

En nuestra opinión, lo que hace el TAS es razonable, porque huye de los dos extremos que nos resultan familiares en derecho sancionador.

En efecto, respecto al nivel superior, el de mayor rigor probatorio, el TAS se abstiene de exigir al sancionador el nivel de prueba “más allá de toda duda razonable”, y así debe ser puesto que reiteradamente se afirma que no estamos ante derecho penal, que es al que corresponde tal nivel.

Nos encontramos ante un derecho sancionador, que no derecho penal, y la Federación que sanciona, por ejemplo, o el propio TAS, como ya hemos señalado, no tienen a su disposición los medios de que dispone un tribunal penal, ni dispone de

autoridad para exigir pruebas, ni de fuerzas de orden a su servicio, ni, en definitiva, tampoco puede exigírsele por tanto el mismo estándar de prueba que a un tribunal penal. No se puede aplicar el mismo rigor a un derecho sancionador que, aún participando de la hermenéutica de las normas penales, lo hace sólo en cierta medida, pero no es derecho penal.

En este sentido, y en cuanto al verdadero alcance de, las sanciones por responsabilidad objetiva del Código Mundial Antidopaje, debe admitirse que existe un sistema con diversas garantías, y evitar lo que se denomina un “fraude de etiquetas”²¹³ como bien explica DIAZ Y GARCIA CONLLEDÓ:

“..lo que sería intolerable es que se aplicaran sanciones gravísimas a algunos supuesto de dopaje, similares a las del Derecho penal, pero sin llamarles penas y sin las garantías propias del Derecho penal (algunos peligros encierra, por ejemplo, el sistema preconizado por ciertos sectores de strict liability o responsabilidad objetiva). Ello supondría un fraude de etiquetas inadmisibles. Las sanciones del Código Mundial Antidopaje son siempre sólo de inhabilitación y suspensión, aunque rija la responsabilidad penal o strict liability, cabiendo además, con consecuencias favorables para el sujeto que puede ser objeto de sanción diferentes según la infracción, la prueba de la ausencia de culpa, y existiendo diversas garantías; no puede hablarse por tanto de un fraude de etiquetas (al margen de que guste más o menos el sistema)”.²¹⁴

En consecuencia, creemos forzoso reconocer que si al sancionador se le exigiera el nivel máximo de prueba, se entraría en una situación de verdadera imposibilidad de combatir de modo efectivo el dopaje, por lo que parece razonable exigirle el segundo nivel de exigencia probatoria, es decir el de “entera satisfacción”.

En cuanto al límite inferior de garantía, también se abstiene el TAS de utilizar el máximo nivel de exigencia de garantías jurídicas, es decir la exoneración o absolucón por mera existencia de duda razonable. Si admitimos que el derecho

²¹³ Expresión que hace referencia a la utilización de denominación distinta para efectos básicamente iguales.

²¹⁴ DIAZ Y GARCIA CONLLEDÓ, M. “La responsabilidad penal en el deporte”, Máster Oficial Derecho Deportivo, INEFC X Edición 2011-2013. págs. 44 y 45.

sancionador en deporte no es derecho penal strictu sensu, pues no aplica sanciones típicas y propias del derecho penal, tampoco podemos exigir que se aplique un sistema de garantías equivalente, una aplicación directa e íntegra de principios del derecho penal y, por ende, no podemos esperar una traslación sin más de principios como el *in dubio pro reo*, por ejemplo, ni tampoco la presunción de inocencia con el alcance que se presenta en derecho penal.

Por otra parte, no podemos olvidar que, como acabamos de explicar, el sancionador tampoco dispone de los medios de un tribunal penal, y por ello creemos equilibrado que por el TAS se establezca que en lugar de que al acusado se le exija solamente un principio de duda razonable como el mínimo suficiente para llevar a la absolución, cual sería la exigencia típica de derecho penal, y se acuda en cambio al sistema de “balance de probabilidades”, sin duda más riguroso en la exigencia de prueba a quien va a ser sancionado. Para mayor claridad de los dos extremos que hemos venido exponiendo que utiliza el TAS, nos referimos, ordenando de mayor a menor, a los cuatro niveles de prueba de los que estamos tratando:

- 1.- Más allá de toda duda razonable
- 2.- A entera satisfacción
- 3.- Balance de probabilidades
- 4.- Existencia de duda razonable

Pues bien, como hemos venido explicando, el TAS no exige al sancionador el nivel 1, porque no estamos en derecho penal, sino que exige el nivel 2, y de modo correlativo, el sancionado no puede meramente ampararse en el nivel 4, como si fuera un asunto criminal, sino que se le permite probar en nivel 3, al 51 %, por así decirlo, con el mero balance de probabilidades a su favor.

De esta manera, por tanto, vemos que el TAS trata de resolver la contradicción entre ambos principios, mediante la exigencia al sancionador de una prueba en estándar alto pero que no es del máximo rigor, y, a la vez, exige al sancionado un estándar de prueba relativamente bajo pero que tampoco es el mínimo, método de equilibrio que nos parece razonable y equilibrado.

C.- LA APERTURA A LA DISCRECIONALIDAD

En el caso Contador es precisamente donde se vislumbra la apertura de una posible línea de actuación que creemos rompe con los criterios que, con algunas oscilaciones, venía siguiendo el CAS. Nos referimos concretamente a la formulación de una apertura hacia una discrecionalidad que puede moderar e incluso dejar sin efecto la aplicación del principio de responsabilidad objetiva, aceptando por tanto el elemento subjetivo como corrector de la misma y no ya, como venía sucediendo, tan sólo a los efectos de modular la sanción aplicable, sino incluso en cuanto a la imposición misma de la sanción.

Recordemos lo que concretamente señalaba el laudo respecto a la discreción del Tribunal:

“Sin embargo, si uno aspira a una justicia deportiva diferente, más humana y equitativa, que respete y proteja los derechos fundamentales de los atletas a participar en actividades libres de dopaje, promover su salud y asegurar siempre equidad e igualdad en el deporte, el laudo debe basarse en el propósito o voluntad del legislador, favoreciendo la discreción judicial en detrimento de la predictibilidad última del laudo”.

Pensemos por ejemplo, en los casos de incidentes en un estadio de fútbol, en el que 90.000.- personas se concentran y el club anfitrión toma todas las medidas razonables que puedan tomarse para cualquier actuación contraria al derecho deportivo y, pese a ello, un pequeño grupo de seguidores, sin antecedentes previos, que no era conocido, que no es parte de la estructura orgánica del club, profiere insultos racistas.

Parecería que, en ejemplos como el señalado, efectivamente no sería aplicable sin más la responsabilidad objetiva, sino que debería modularse o incluso suprimirse la sanción si el tribunal, haciendo un ejercicio de discrecionalidad en la aplicación teleológica de la norma, que no de arbitrariedad, puede llegar a concluir que nadie podía prever lo ocurrido y que se han aplicado todas las medidas razonables.

D.- LA POSIBILIDAD DE INTERPRETACIÓN FINALISTA DE LAS NORMAS

A nuestro entender, es también precisamente el caso Contador el que constituye un verdadero hito en la jurisprudencia del TAS, en la medida que realiza no sólo una labor de síntesis y de clarificación de los estándares de prueba, y del sistema de traslado de la carga de la prueba sino que, además, abre la puerta a una interpretación finalista de la norma a la que, en principio, no pone límites, como acabamos de ver al citarlo con ocasión de la posibilidad de discrecionalidad, en la medida en que el TAS aboga por buscar la voluntad del legislador, al decir *“el laudo debe basarse en el propósito o voluntad del legislador”*.

Creemos que en futuros laudos se va a producir sin duda una profundización en esta línea de actuación abierta por el TAS y entendemos deseable que se produzca algún supuesto en el que el TAS se vea en la tesitura de manifestar y concretar a qué límite de discrecionalidad está dispuesto a llegar.

Es nuestra opinión que, si bien desde una mentalidad garantista podemos ser críticos con el principio de responsabilidad objetiva en la medida en que afecta a derechos fundamentales como el de presunción de inocencia, no cabe ignorar tampoco que no podemos caer en el extremo contrario, esto es en que la discrecionalidad que anuncia como posible el TAS desde el caso Contador derive en una posible arbitrariedad.

Nos parece que la solución posible al riesgo de incurrir en arbitrariedad pasa porque al permitir la aplicación flexible de la norma de responsabilidad objetiva, se acompañe tal facultad del Tribunal con una exigencia rigurosa de que, al mismo tiempo, cualquier laudo en que se haga uso de esa facultad esté perfectamente razonado por el panel, detallando de modo muy claro a los motivos que le llevan a, en el caso concreto, optar por dejar sin aplicación el principio de responsabilidad objetiva y, en su lugar, aplicar una interpretación teleológica de la norma.

Recordemos al respecto de la arbitrariedad, que, por ejemplo en derecho español, el artículo 9 CE garantiza, entre otros derechos *“la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*.

Por su parte, el Código Civil Suizo expresa:

“Art. 1

1 La ley se aplica según su redacción o interpretación a todas las cuestiones legales para las que contiene una disposición

2 En ausencia de una disposición, el tribunal decidirá de acuerdo con el derecho consuetudinario y, en ausencia del derecho consuetudinario, de acuerdo con la regla que lo haría como legislador.

3 Al hacer esto, el tribunal deberá seguir la doctrina y jurisprudencia establecida.

Art. 4

Donde la ley confiere la discrecionalidad o hace referencia a una evaluación de las circunstancias o a causa de justificación, el Tribunal debe llegar a su decisión conforme a los principios de justicia y equidad”.

Aunque no pretendemos conocer en profundidad el derecho Suizo, de esta cita interpretamos que su Código Civil viene a exigir la aplicación de la ley pero permitiendo la discrecionalidad, allí donde la propia ley la prevea, lo cual no parece que vaya a ser el caso en las normas de responsabilidad objetiva que conocemos en derecho deportivo.

No obstante, cabe recordar que en el orden jurisdiccional también los tribunales reclaman en ocasiones la modificación de la norma punitiva, al considerarla injusta o simplemente desproporcionada, como ocurre cuando un Tribunal Jurisdiccional Penal español impone una condena y, al mismo tiempo, promueve un indulto, y que tales actuaciones acaban por sensibilizar al legislador y se traducen con no poca frecuencia en posteriores cambios normativos.

Pues bien, no descartamos que la apertura del TAS hacia una línea de cierta discrecionalidad, máxime teniendo en cuenta el prestigio que el TAS tiene en el mundo del deporte, pueda llegar precisamente a reflejarse en los cambios de alguna norma de carácter sancionador en el futuro.

Pensamos que la aplicación de cierta discrecionalidad es un camino probable, e incluso deseable, y lo es no sólo a partir de las reflexiones del TAS, sino también desde una sensibilidad de organismos internacionales del deporte, imbuidos sin duda

de la cultura jurídica de los países de sus componentes, que en cada vez más países exige el respeto a derechos fundamentales, por lo que dicha discrecionalidad podría ser una aportación propia a la *lex sportiva* que nazca de esa necesidad de conjugar los derechos de las partes sancionadora y sancionada y, a la vez, que tenga presente las indudables peculiaridades que rodean la práctica del deporte y que son, precisamente, las que justifican un tratamiento diferente, siquiera sea matizado, de principios de derecho universalmente reconocidos.

E.- LA POSICIÓN JURÍDICA DEL SANCIONADO ANTE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Decíamos al estudiar el marco teórico que la posición jurídica del deportista ante la Federación sancionadora, por ejemplo, tiene muchas similitudes con la que ocupa el administrado ante la Administración pública española.

De hecho, nos parece notorio que la relación deportista-federación es prácticamente tan inevitable e involuntaria como la del ciudadano ante su Administración.

Así, por ejemplo, hemos visto como el laudo 2007/O/1381, caso Alejandro Valverde, con ocasión de analizar la medida en que las asociaciones privadas, como la UCI en ese caso, pueden regularse cómo estimen conveniente y quien se asocia acepta tales normas, viene a reconocer de forma explícita que la “libertad” de aceptar las normas es meramente teórica pues, de no hacerlo, no cabría al deportista aspirar a competir profesionalmente y con proyección internacional.

Por otro lado, si comparamos la posición de cualquier ciudadano respecto a una asociación cualquiera, por ejemplo un club de lectura, sí que cabe afirmar la libertad absoluta de afiliarse o no, y por tanto la total contraposición entre esa libertad y el hecho de que al ciudadano le viene impuesto, por nacimiento generalmente, la pertenencia a un Estado y, en consecuencia, la sujeción a su derecho administrativo.

Si pensamos en tales ejemplos, y examinamos la situación del deportista federado en cuanto a su relación con una federación como la UCI, cabe preguntarse ¿a qué se parece más? A nuestro juicio, la respuesta es clara: se asemeja más, mucho más diríamos, a la del ciudadano respecto a la Administración que le gobierna, porque, por así decirlo, no tiene más remedio que aceptarlo, no hay opción alternativa “real”. En este sentido, con ocasión de un estudio sobre el dopaje, se hace referencia a esa peculiar relación de poder entre los deportistas y las federaciones, que por MORTE se califica como vertical y no horizontal, y al respecto señala:

“Para finalizar este punto haré referencia a un punto que, sin estar relacionado directamente con la protección de datos, creo que debe ser tenido en cuenta por

plantear un problema serio en materia de derechos fundamentales que hace todavía más dudosa la validez del consentimiento otorgado por los deportistas para la aplicación del Código WADA-AMA. La peculiar relación entre los deportistas y las federaciones, que es de naturaleza vertical, no horizontal. Las Federaciones tienen una posición de poder respecto de los deportistas en esta materia. Baste recordar que la aceptación del Código Mundial Antidopaje es requisito indispensable para poder competir/trabajar, hecho que hace que el consentimiento no sea plenamente libre y que la aplicación de esa norma sea considerada por algunos profesores alemanes como una prohibición de ejercer la profesión, basándose en que el artículo 12 G²¹⁵ Ley Fundamental de Bonn garantiza la libertad de elección y práctica de una profesión”.²¹⁶

Entendemos pues que tanto desde el punto de vista fáctico que acabamos de señalar, como desde el análisis jurídico de los laudos examinados en este trabajo, y a la luz de la hermenéutica que aplica el TAS, cabe concluir que el sistema sancionador en derecho deportivo se acerca más al derecho administrativo sancionador que al derecho penal en general, y por ello cabe admitir un cierto grado de objetividad.

Es más, como a nuestro juicio muy acertadamente expone DIAZ Y GARCIA CONLLEDÓ²¹⁷, en este sistema del derecho deportivo cabe incluso la prueba de la ausencia de culpa, que en determinados ámbitos del derecho administrativo ni siquiera se contempla. Efectivamente, en derecho administrativo sancionador, aún participando también, como ya hemos dicho, y en cierta medida, de la hermenéutica del derecho penal, tampoco son aplicables sin más sus principios, sino que, sin ir más lejos, se admite un cierto grado de responsabilidad objetiva que, en algunos casos, llega a ser de total objetividad, de forma absoluta.

En efecto, como explica CIERCO:

“Durante un tiempo se aplicó en derecho administrativo la culpabilidad objetiva, con lo que se imponían sanciones sin necesidad de dolo o culpa. Tras la entrada en vigor de la Constitución se aplicó el principio de culpabilidad por el cual para sancionar

²¹⁵ Grundgesetz, Ley Fundamental de Bonn, <http://www.gesetze-im-internet.de/gg/>.

²¹⁶ Op. cit. pág. 194.

²¹⁷ Op.cit. pág. 45.

es preciso que intervenga intencionalidad o negligencia en la conducta del particular. Según el TC, se excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta negligente. No cabe el carácter objetivo.

Trasladar este principio tal y como se entiende en Derecho Penal al Derecho Administrativo sancionador es problemático. En Derecho Penal, “no hay pena sin dolo o imprudencia” (art. 5 del CP), en nuestro campo no se puede exigir el mismo nivel, ha de ser más flexible”.²¹⁸

Y en cuanto a la mención de “aún a título de simple inobservancia” que contiene el artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo afirma a continuación:

“Parece que se aproxima a la responsabilidad objetiva, pero no coincide totalmente con ella dado que aquí cabe la alegación de causas de exoneración externas (Fuerza mayor) e internas (error invencible)”.

A la vista de estos comentarios, y de los laudos analizados, sostenemos por tanto que el concepto de responsabilidad objetiva que ha elaborado el TAS se acerca mucho al que aplica el derecho administrativo sancionador español, y se sitúa también cercano a la corriente doctrinal que en los supuestos de infracción de normas civiles y administrativas tiende a objetivar la responsabilidad, y a ceñirse a si en la conducta existe o no antijuricidad, y que tan sólo en determinados casos, o a los efectos de graduar sanción, va a atender a si dicha conducta antijurídica exige la apreciación de dolo o culpa, pues las considera meras variantes a considerar a la hora de sancionar.

Entendemos, por tanto, que la elaboración por el TAS de un concepto de responsabilidad objetiva que pretende ser respetuoso con la presunción de inocencia, le ha llevado en realidad a elaborar un principio de responsabilidad de gran parecido, sino idéntico, al que los juristas españoles entendemos que rige el derecho administrativo sancionador.

²¹⁸ CIERCO SEIRA, C. “Modelos de Investigación: El Régimen Sancionador”, Tema 8, Máster Oficial en Derecho Deportivo, INEFC X Edición 2011-2013. pág. 13.

F.- LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Cabe recordar que al establecer la metodología de trabajo decíamos tener por suficientemente probado, al menos inicialmente, la contraposición entre los principios presunción de inocencia y responsabilidad objetiva, a expensas de lo que resultara del análisis de los laudos. Concluido tal análisis, creemos que queda más reforzada nuestra afirmación por las razones que a continuación exponemos.

Parece evidente que lo antitético de presunción de inocencia, lo opuesto, sería la presunción de culpabilidad, siquiera porque el antónimo de inocencia es precisamente culpabilidad.

Pues bien, como hemos visto en los laudos, el TAS recurre a dicha presunción de culpabilidad para justificar la aplicabilidad de la responsabilidad objetiva. Así, por tanto, la contraposición entre ambos principios, responsabilidad objetiva y presunción de inocencia, se pone de manifiesto en tanto en cuanto la responsabilidad objetiva requiere crear precisamente una ficción de presunción de culpabilidad, pues de otro modo no se puede construir el concepto de responsabilidad objetiva.

En efecto, para que a alguien le sea aplicada la presunción de inocencia, para entrar siquiera a considerarla, debe existir una cierta presunción de culpa, siquiera en grado mínimo pues, por ejemplo, uno no puede alegar presunción de inocencia como imputado hasta que haya sido imputado, investigado en la terminología jurídica actual, lo cual, es una obviedad, implica la existencia de ciertos indicios de culpabilidad por mínimos que sean.

Por otro lado, si las resoluciones del TAS no fueran punitivas y sancionadoras, y si, en consecuencia, no fuera una exigencia de justicia que, al tratarse de normas punitivas, las informara en alguna medida la presunción de inocencia, entonces no haría falta que para aplicar la responsabilidad objetiva se precisara la creación de una presunción de culpabilidad, pero precisamente porque no se puede huir de la presunción de inocencia en el ámbito sancionador, se hace necesario, por así decirlo “validar” si se respeta o no tal presunción, por más que para verificarlo se haga con su opuesto, es decir con la presunción de culpabilidad.

Por otra parte, cabe recordar también que el Tribunal Supremo viene haciendo referencia a la progresiva objetivación de la responsabilidad, y se refiere a ello precisamente porque el punto de partida de toda sanción, con los matices que se quiera, es siempre concebir que para sancionar se precisa culpa o negligencia.

Por ejemplo, la ya citada STS de 8 febrero 1991 a cuyo tenor:

“...la persona a quien se atribuye la autoría de los daños, está obligado a justificar, para exonerarse de la obligación de repararlos, que en el ejercicio de su actividad obró con toda prudencia y diligencia precisa para evitarlos, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad objetiva basada en el riesgo o peligro que excusa el factor psicológico de la culpabilidad del agente, o lo que es igual, que la culpa de éste se presume iuris tantum y hasta tanto no se demuestre que el autor de los daños obró en el ejercicio de actos lícitos con prudencia y diligencia, y tal objetivación moderada de la responsabilidad extracontractual ha sido reconocido por reiterada jurisprudencia de la Sala, pudiendo citarse, entre otras, las sentencias de 29 de marzo y 25 de abril de 1983, 9 de marzo de 1984, 21 de junio y de 1 de octubre de 1985 (RJ 1985\3308 y RJ 1985\4566), 24 y 31 de enero y 2 de abril de 1986 (RJ 1986\329, RJ 1986\444 y RJ 1986\1788) y 19 de febrero y 24 de octubre de 1987 (RJ 1987\719), así pues, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico, acepta soluciones cuasi objetivas, y en la misma línea está la sentencia reseñada en el fundamento tercero de la recurrida, la de 16 de mayo de 1986 (RJ 1986\2727)”.

CAPÍTULO VI.- PROPUESTAS DE CONCILIACIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LAS RESOLUCIONES DEL TAS RELATIVAS A SANCIONES POR DOPAJE.

Vistas las conclusiones expuestas, nos hemos preguntado también si sería factible proponer una serie de posibles criterios de conciliación de los derechos en conflicto. Para ello debemos tener en cuenta las conclusiones a las que hemos ido llegando en nuestro análisis de la contraposición entre ambos derechos, y deberemos tener muy en cuenta a posición jurídica del sancionado, especialmente en casos de dopaje que es casi el único ámbito que suscita esta discusión, por lo que formularemos propuestas con la intención de acomodar el sistema sancionador que avala el TAS a un sistema de garantías constitucionales en la línea de lo que exige no sólo nuestro ordenamiento jurídico, sino también del acervo jurídico de los países de nuestro entorno cultural y jurídico, es decir sustancialmente los europeos.

Nuestra intención es mantener un sistema sancionador que garantice la justicia y la equidad y por ello, aun aceptando la necesidad de la responsabilidad objetiva para una efectiva lucha contra el dopaje, introduciremos la propuesta de mecanismos que, a nuestro entender, permitirían un sistema de garantías aceptable, utilizando tanto propuestas que se han formulado o simplemente sugerido en los propios laudos del TAS como sugerencias propias.

Ahora bien, al pergeñar las propuestas entendemos conveniente, en aras de una mayor claridad expositiva, separarlas en cuatro grupos, a saber:

- propuestas que afectan a la norma sancionadora.
- propuestas relativas a los medios técnicos auxiliares.
- propuestas en cuanto a la práctica probatoria.
- propuestas de criterios para la emisión del laudo.

Establecidos los anteriores extremos, nuestras propuestas de conciliación de ambos principios son las siguientes:

En cuanto a la norma sancionadora

a) El enunciado de la norma sancionadora deberá ser siempre claro y fácilmente comprensible, de modo que no propicie interpretaciones alternativas, sino que, muy al contrario, su redactado no debe suscitar duda alguna de lo que se quiere decir, y de lo que constituye concretamente la conducta punible, aunque para ello deba reformularse con mayor extensión a la habitual para otro tipo de normativa.

b) El enunciado debe definir en qué medida, en qué forma, es susceptible de sanción la conducta que declare como punible. Por ejemplo, en ámbito de dopaje, se tratará por tanto de especificar de forma bien clara cuando concurre la conducta que “de suyo” implica sanción, y qué medida de dopaje debe concurrir, en términos científicamente indubitados respecto a lo que la norma pretende sancionar. Por ejemplo, no bastaría decir que vulnera la norma antidopaje el consumo de una determinada sustancia (conducta genéricamente punible), por muy claramente que se explique, sino que debería especificarse en qué cantidad mínima o en qué modo de consumo o en qué medida un método se convierte en ilegal (la conducta punible en concreto).

c) La norma sancionadora deberá recoger aquellas conductas tales que impliquen necesariamente “de suyo”, que hay negligencia por quien incurre en el supuesto, y que por tanto incluyan en sí mismas ese requisito de culpabilidad, a la manera en que, como hemos explicado, ese “de suyo” es lo que vienen a argumentar nuestros tribunales para sortear la dificultad de aplicar un sistema sancionador que “de facto” resulta de responsabilidad objetiva en mucho supuestos y, por ello, contrario a los principios constitucionales. Por ejemplo, conductas que ineludiblemente impliquen una negligencia punible podrían ser la realización de autotransfusiones de sangre, que debe admitirse que resulta notorio que son ilegales, o la presencia de cantidades inusitadamente altas de una sustancia notoriamente dopante.

En relación a los medios técnicos auxiliares

a) El catálogo de métodos y procedimientos prohibidos no sólo debe mantenerse actualizado, sino que debe permitir la inclusión “de urgencia” de nuevos métodos, siquiera de forma provisional hasta su aprobación definitiva. Cabe recordar que el

cronograma actual de la WADA-AMA implica que la primera reunión del grupo de expertos tiene lugar en enero o febrero de cada año, para llegar a octubre cuando se publican las listas de aplicación el año siguiente, tras las pertinentes consultas y procedimientos a seguir. En consecuencia, puede ocurrir que se haya detectado un método durante el año anterior al inicio del proceso, y, sin embargo, la prohibición entre en vigor al año siguiente. Este sistema puede propiciar que transcurran hasta dos años sin aplicar medida alguna respecto a algún método o sustancia, por no estar recogida en el catálogo, y pese a que dicho catálogo incluye referencias genéricas a otros productos, como por ejemplo hace al tratar de los Esteroides Anabolizantes Androgénicos añadiendo al final de la lista “*otras sustancias con estructura química o efectos biológicos similares*”.²¹⁹

Es indudable que la creación o descubrimiento de nuevas sustancias dopantes y de nuevos sistemas de dopaje es una realidad, y también es evidente que la lucha contra el dopaje puede convertirse en un imposible si lo que se pretende es mantener siempre un catálogo exhaustivo que sea válido al 100 % en cuanto a cuáles son las sustancias y procedimientos prohibidos, porque los principios activos pueden crearse de forma artificial, pues no están, por así decirlo, todos descubiertos o inventados, ni los métodos de dopaje descubiertos en su totalidad. En consecuencia, a nuestro entender, y aun manteniendo ese procedimiento de modo general, debería arbitrarse un sistema de urgencia en el que un grupo de expertos tuviera la potestad de declarar “provisionalmente” prohibido un método o sustancia hasta tanto se concluyera el proceso ordinario de inclusión en la lista de prohibiciones.

b) El catálogo de métodos y sustancias prohibidas debería especificar en qué medida resulta posible afirmar que la presencia de una determinada sustancia causa efectos reales, o que cabría esperar que los causara.

c) En cuanto a si una sustancia o método ha causado o no efectos en el rendimiento de un atleta, y puesto que cabe suponer que dicha circunstancia dependería de las características físicas del atleta, sería preciso que el sancionador, y

²¹⁹ Fuente: <https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/wada-2015-prohibited-list-esp.pdf>

el TAS en su caso, pudieran acudir al dictamen de un grupo de expertos, o laboratorio a su disposición de modo permanente, o que pueda elegir de una lista *ad hoc* para que, al modo del experto forense de que disponen los juzgados, dictaminara si hubo o no aumento de rendimiento, o si el atleta, por sus características físicas y el método utilizado, podía esperar que sí se aumentara su rendimiento incluso aunque no haya producido el efecto previsible.

En cuanto a la práctica probatoria

a) El sancionador debe probar la conducta sancionable a nivel de “entera satisfacción”.

b) El sancionado debe probar los hechos en su defensa a nivel de “balance de probabilidades”.

Criterios para emisión del laudo

a) Si un atleta da positivo en un test de dopaje, debe considerarse si ese positivo es en una cantidad tal que, según el estado de la ciencia, revele que quien la ingiriera voluntariamente y a sabiendas de lo que ingiere podría esperar que aumentara su rendimiento. Lo mismo se predica en caso de métodos prohibidos, tanto en este supuesto como en los que se enuncian a continuación en este apartado de la emisión del laudo.

b) Si se prueba, por medios probatorios ordinarios, a “entera satisfacción” del sancionador, que la ingestión ha sido voluntaria y “a sabiendas” de que es una sustancia prohibida, debe sancionarse, sea cual sea la cantidad ingerida, aunque en modo alguno pudiera aumentar el rendimiento, ni fuera razonable esperar que así ocurriera.

c) Si la sustancia era, de forma notoria, susceptible de mejorar el rendimiento (aunque sea en mínimos) o podía esperarse que lo hiciera aunque en el caso particular no haya ocurrido así, entonces nos encontramos (al modo del derecho administrativo sancionador español) con un supuesto en que la conducta típica (en este caso consumo de sustancias prohibidas), incluye “*de suyo*” los “*elementos volitivos y cognitivos necesarios*” y se crea una presunción *iuris tantum* de culpa, y por tanto

hay que sancionar, salvo que el atleta, pruebe al nivel de “balance de probabilidades” la concurrencia de circunstancias tales como fuerza mayor, error invencible u otras causas de exoneración.

d) Si la cantidad hallada no fuera susceptible de mejorar rendimiento, por tratarse de cantidades ínfimas, no se aplicaría automatismo sancionador alguno, sino que la carga de la prueba recaería sobre el organismo sancionador quien sólo podría sancionar si probase, nuevamente al nivel de “entera satisfacción”, que existe culpa del atleta en el consumo, culpa que debe necesariamente incluir el elemento volitivo, es decir que el consumo ha sido por ingestión (o inyección, o método equivalente) libre, voluntaria y consciente, pues en caso contrario, de no probarse esos tres requisitos, no sería sancionable.

e) En todos los casos en que haya sanción, debe modularse de conformidad con la cantidad de sustancia prohibida ingerida y sus efectos previsibles sobre el rendimiento, según se dictamine por los técnicos que auxilien al sancionador.

f) El sancionador podría aplicar su discrecionalidad sólo para reducir la sanción por debajo de lo previsto en la norma sancionadora, llegando incluso a la exoneración, pero nunca podrá aplicar su discrecionalidad para sancionar más allá de lo previsto en la norma ni aplicar a tal efecto criterios analógicos.

Para la aplicación discrecional de la norma, el sancionador deberá cumplimentar los siguientes requisitos de forma concurrente en la redacción de la resolución:

- a) Describir cuál sería la sanción aplicable según la norma.
- b) Razonar amplia y detalladamente cuales son las circunstancias fácticas concretas que justifican la excepcionalidad de aplicar la discrecionalidad al supuesto de hecho.
- c) Fundamentar jurídicamente resolución, debiendo asentarla o bien en una interpretación teleológica de la norma, o bien en un principio fundamental del derecho, o en razones de justicia o equidad, pero en todo caso debidamente explicado y razonado.

En definitiva, y a modo de resumen, creemos que estas propuestas servirían mejor a la justicia y equidad que el mantener, nos parece que contra toda lógica, que cualquier cantidad de una sustancia presumiblemente dopante debe ser sancionada, por ínfima que sea.

Sustentamos nuestra opinión en una consideración de cuál es el bien jurídico protegido, que creemos es la “limpieza” o “fair play” en la competición. Si las sustancias no mejoran el rendimiento en absoluto, insisto, ni poco ni mucho sino “en absoluto”, porque están en cantidad ínfima en el organismo del atleta, no debe sancionarse salvo que se pruebe la culpabilidad, porque no se ha atentado a la igualdad en la competición, y siempre y cuando, claro está, no se haya acudido por el atleta “a sabiendas” a consumir una sustancia o utilizar un método prohibido y catalogado como tal o con una negligencia inexcusable recogida en una norma que “de suyo” implique tal negligencia.

Debemos recordar también que la medicina no es una ciencia completamente cerrada, sino en evolución, y no se conocen, es imposible conocer, todas y cada una de las interacciones de cada sustancia en todos y cada uno de los organismos humanos. Existe un cierto factor de incertidumbre que, en aras de evitar siempre la condena de un inocente, nos debe llevar a fijar unos umbrales mínimos que justifiquen la imposición de una sanción, aún a costa de que pudiera quedar algún infractor libre de sanción, pues estimamos que esta limitación de las posibilidades de sanción resultaría en una adecuada conciliación entre la protección del bien jurídico protegido y la preservación de la presunción de inocencia.

Como ya hemos dicho, creemos que el bien jurídico protegido NO es el no consumir sustancias sino la igualdad en la competición, la limpieza en la lucha por los éxitos deportivos. Por tanto, si se demuestra científicamente que una determinada cantidad de sustancia realmente no tiene trascendencia, entonces no debe sancionarse, salvo, como hemos dicho, la probada intencionalidad en su consumo.

Creemos que mantener la situación actual puede llevar a injusticias y escándalos mediáticos como ocurrió precisamente el caso Contador, lo cual nos parece más negativo para el deporte que si se supiera que se le encontró una cantidad

ínfima de una sustancia potencialmente dopante, pero que no se sancionó porque era una cantidad inapreciable, que no modificó su rendimiento, y cuya intencionalidad de consumo no quedó probada, pues nos parece que todo el mundo entendería el que no se sancionara, igual que se comprende que, en derecho penal se “archive una causa” por falta de pruebas, o porque la cuantía de la sustancia no llega al mínimo legal.

Por el contrario, no se acaba de entender que para un delito haya un mínimo de cuantía, y para una sanción deportiva, que parece a todas luces un hecho de menor gravedad, cualquier cantidad de cierta sustancia sea suficiente para la condena y lo sea con total independencia de la intencionalidad.

Creemos que sería muy positivo para la imagen del deporte, y los valores humanos que en la actividad deportiva se contienen, que el TAS siguiera profundizando en la creación de una “lex sportiva”, adaptando y matizando en lo que sea preciso los principios generales del derecho que vienen compartiendo los componentes de los diferentes Tribunales arbitrales y que se reflejan en los laudos que dicta.

Esperamos que este modesto trabajo pueda contribuir a que, cuando menos, se abra un debate en aras ese loable objetivo y que el deporte, que tantos valores positivos transmite a la sociedad y con tan gran eco social, no vea empañada su imagen por una percepción errónea de que no aplica los principios de justicia que tiene asumida la sociedad en que vivimos. Acabamos este trabajo con la cita de las palabras atribuidas al emperador, que tras casi 2000 años de historia, constituyen uno de los pilares de la justicia de los que creemos en la justicia y el derecho:

“Mas el Divino Trajano respondió en otro rescripto a Asiduo Severo que tampoco debía ser condenado alguien por sospechas; porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente”.

BIBLIOGRAFIA

ABOGACIA DEL ESTADO, “*Manual de Derecho Administrativo Sancionador*”. Thomson Aranzadi, 2005.

ALARCON SOTOMAYOR, L. “*El proceso administrativo sancionador y los derechos fundamentales*”. Thomson Civitas, 2007.

APARICIO PEREZ, Miguel Angelet al. “*Manual de derecho constitucional*”. Atelier, 2009.

BAJO FERNANDEZ, Miguel. “*La Unidad del Derecho Sancionador*” en CABANILLAS SANCHEZ, Antonio (coordinador) “*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*”, Civitas, 2002. Vol. 4, págs.1-20.

BASE DE DATOS (TAS) <http://jurisprudence.tasas.org/sites/caselaw/help/home.aspx>

BELDA PEREZ-PEDRERO, Enrique. “*La presunción de inocencia*”, Revista Parlamento y Constitución, Edición Cortes de Castilla-La Mancha, 2001. Nº 5, págs. 179-204.

BLANQUER, David. “*Derecho Administrativo- El fin, los medios y el control*”. Tirant Lo Blanch, 2010.

BLASCO GASÓ, Francisco de Paula et al. “*Contestaciones al programa de derecho civil para acceso a las carreras judicial y fiscal - Los supuestos de responsabilidad objetiva*”. Tirant lo Blanch, 2012.

BONESANA, Cesare. “*Dei Delitti e delle pene*”, Bettoni, 1764.

BÜYÜKSAGIS, Erdem y AND VAN BOOM, Willem H. “*Strict liability in contemporary European codification: torn between objects, activities, and their risks*”. Georgetown Journal of International Law, 2013.

CAMPS I POVILL, Andrés. “*La conciliación judicial y el arbitraje*”, Tema 6.2 C, Máster Oficial en Derecho Deportivo, INEFC X Edición 2011-2013.

CARMIGNANI, Giovanni. “*Elementos de Derecho Criminal*”, Temis, 1979.

CARRARA, Francesco. “*Programma del Corso di Diritto Criminale*”, Luca, 1859.

CARRARA, Francesco. “*Opúsculos de Derecho Criminal*”, Temis, 1980.

- CARRARA, Francesco. “*Opuscoli di diritto criminale*”, Prato, 1889.
- CARRASCO PERERA, Ángel. “*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*”, Revista de derecho privado, 1989. págs. 374 a 444.
- CIERCO SEIRA, César. “*Modelos de Investigación: El Régimen Sancionador*”, Tema 8, Máster Oficial en Derecho Deportivo, INEFC X Edición 2011-2013.
- CLEMENTE CASAS, Ismael. “*Tres preguntas sobre el derecho a la presunción de inocencia: eficacia antes del juicio, fraudes “carrusel” de IVA e imputación de autoría dentro de organizaciones empresariales*”, Universidad Rey Juan Carlos, 2009.
- CLIMENT DURAN, Carlos. “*La Prueba Penal*”, Tirant lo Blanch, 1977.
- CHOCLAN MONTALVO, José Antonio. “*El derecho fundamental a la presunción de inocencia*”, Manuales de Formación Continuada 22/2004, Consejo General del Poder Judicial, 2004.
- D’ALEMBERT, Jean et. al. “*L’Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*”, Briasson, David, LeBreton y Durand, 1751.
- DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo. “*Tratado de responsabilidad civil*”, Universidad de Deusto/Civitas, 1993.
- DE FUENTES BARDAJI, Joaquín et al. “*Manual de Derecho Administrativo Sancionador*”, Thomson-Aranzadi, 2005.
- DE PALMA DEL TESO, Ángeles. “*El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*”, Tecnos, 1996.
- DIRECTORIO GENERAL DE EDUCACIÓN Y CULTURA, “*Study on the Contribution of Sport to Economic Growth and Employment in the EU*”, Unión Europea, 2012.
- DIAZ Y GARCIA CONLLEDÓ, Miguel. “*La responsabilidad penal en el deporte*”, Máster Oficial Derecho Deportivo, INEFC X Edición 2011-2013.

DIEZ-PICAZO, Luis. “*Sistema de Derecho Civil*” II, Tecnos, 1976.

DIEZ PICAZO Luis. “*La culpa en La Responsabilidad Civil Extracontractual*”, Civitas, 2001.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com>

ESPINOSA DE RUEDA JOVER, Mariano. “*Anales de Derecho*”, Universidad de Murcia, 1986.

FERNÁNDEZ VAQUERO, María-Eva. “*Apuntes de Historia del derecho Romano*”, Universidad de Granada, 2013.

FREIXES SANJUAN, María Teresa. “*Derechos fundamentales en la Unión Europea. Evolución y prospectiva: la construcción de una espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales*”, Revista de derecho constitucional europeo, 2005. págs. 43-86.

GADARILLAS MARTOS, Santos. “*Derecho sancionador en las operaciones vinculadas: el principio de tipicidad y legalidad*”, publicado el 1-2-2014 en http://www.elderecho.com/tribuna/administrativo/sanciones_operaciones_vinculadas_11_712180004.html

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, “*Curso de Derecho Administrativo*”. Civitas, 2002.

GARCIA SILVERO, Emilio. “*La disciplina deportiva en las federaciones deportivas internacionales*”. Revista española de derecho deportivo, número 36, 2015-2, págs.79-102.

GIMENO SENDRA, Vicente. “*Derecho Procesal Administrativo*”, Tirant Lo Blanch, 1992.

GIORGIANNI, Francesco. “*Appunti sulle fonti delle obbligazioni*”, Studi Zingalli, 1965.

GOMEZ COLOMER, Juan Luis. “*Prueba y Proceso Penal*”, Tirant Lo Blanch, 2008.

GONZÁLEZ NAVARRO Francisco et al. *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*”, Montecorvo, 1995.

GSCHNITZER, Frank. “*Schuldrecht, Besonderer Teil und Schadensersatz*”, Springer-Verlag, 1963.

JAVALOYES SANCHIS, Vicente. “*El régimen jurídico del Tribunal Arbitral del Deporte*”, Thomson Reuters Aranzadi, 2014.

JURISPRUDENCIA SUIZA <http://www.bger.ch/fr/index/jurisdiction.htm>

LANDABEREA UNZUETA, Juan A. “*Responsabilidad Civil, patrimonial y cobertura de riesgos en el deporte*”, Máster Derecho Deportivo, INEF X Edición 2011-2013.

LARENZ, Karl, “*Derecho de Obligaciones II*”, Revista de Derecho Privado, 1958.

MAZEAUD, Henri, “*Leçons de Droit civil. Obligations*”, Monchrestien, 1956.

MILLAN GARRIDO, Antonio et al. “*La reforma del régimen jurídico del deporte profesional*”, Reus, 2010.

MORTE FERRER, Ricardo. “*La lucha contra el dopaje y la protección de datos*”, en DE VICENTE MARTINEZ, Rosario. “*Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*”, REUS, 2014. págs.179-207.

NICOLIELLO, Nelson. “*Diccionario del latín jurídico*”, JM Bosch, 1999.

NIETO GARCÍA, Alejandro. “*Derecho Administrativo sancionador*”, Tecnos, 2005.

O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. “*Código Civil – Comentarios y jurisprudencia*”, La Ley Actualidad, 1996.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, Publicaciones en internet <http://www.wipo.int/wipolex/es>.

ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio. “*Derecho Privado Romano*” <http://www.derechoromano.es/2012/09/damnum-iniuria-datum-o-delito-de-danos.html>

OSSORIO, Manuel. “*Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*”. Eliasta, 2000.

PALOMAR OLMEDA, Alberto et al. “*Comentarios a la Ley contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte*”, Thomson –Aranzadi, 2008.

PALOMAR OLMEDA, Alberto et al. “*El Deporte en la jurisprudencia*”, Thomson-Aranzadi, 2009.

PALOMAR OLMEDA, Alberto et al. “*Derecho del Deporte*”, Aranzadi, 2013.

PANERO GUTIERREZ, Ricardo. “*Derecho Romano e Historia de Roma*”, Tirant lo Blanch, 2008.

PARADA VAZQUEZ, Ramón. “*Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*”, Marcial Pons, 1993.

PÉREZ KÖHLER, Alejandro. “*La concurrencia de Responsabilidad Civil contractual y extracontractual derivadas de un mismo accidente de trabajo*”, en [http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/603/La+concurrencia+de+Responsabilidad+Civil+contractual+y+extracontractual+derivadas+de+un+mismo+accidente+de+trabajo+\(I\)+--+2005.pdf](http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/603/La+concurrencia+de+Responsabilidad+Civil+contractual+y+extracontractual+derivadas+de+un+mismo+accidente+de+trabajo+(I)+--+2005.pdf)

PEREZ NIETO, Rafael et al. “*Principios del Derecho Administrativo Sancionador*”, Consejo General del Poder judicial, 2008.

PLA BOIX, Anna Maria. “*Un modelo de derecho comparado: La organización judicial Suiza*”, Revista catalana de dret públic, núm. 36, 2008. págs.1-24.

PLANIOL, Marcel. “*Classification des sources des obligations*”, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1904. págs. 224-237.

PUIG BRUTAU, José. “*Fundamentos de Derecho Civil*”. Bosch, 1977.

RANDO CASERMEIRO, Pablo. “*La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador*”, Tirant Monografías, 2010.

REBOLLO PUIG, Manuel. “*Potestad sancionadora, alimentación pública y salud pública*”, Ministerio de Administraciones Públicas, 1989.

RIVES SEVA, Antonio Pablo et al. “*La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*”, Thomson Aranzadi, 2008.

ROCA MARTINEZ, José María. “*Arbitraje e Instituciones Arbitrales*”, J.M. Bosch, 1992.

ROUSSEAU, Jean Jacob. “*Du contract Social ou Principes du droit politique*”, March Michel Rey, 1764.

SANTOS BRIZ, Jaime. “*Tratado de Derecho Civil*”, Bosch, 2003.

URIARTE VALIENTE, Luis María. “*El proceso penal español: jurisprudencia sistematizada*“, La Ley, 2007.

VEGAS TORRES, Jaime. “*Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*“, La Ley, 1993.

VIDAL RAMIREZ, Fernando. “*Responsabilidad civil y Derecho de daños*“, Grijley, 2006.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. “*Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*“, Dykinson, 2001.

NORMATIVA CONSULTADA

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Código de Arbitraje Deportivo -CAS

Código Civil, Real Decreto 24-7-1889

Código Civil Belga

Código Civil Italiano

Código Civil Portugués

Código Civil Suizo de 10 de Diciembre de 1907, en versión 1-1-2012

Código Mundial Antidopaje

Código Olímpico publicado en <http://www.olympic.org/>

Código Orgánico Procesal Penal de 2-10-2001 (Venezuela)

Código Suizo de Obligaciones (Schweizerisches Obligationenrecht)

Concordato Suizo sobre el Arbitraje, año 1969

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 20-12-1999

Constitución Española de 1978

Constitución Federal de la Confederación Suiza de 18 Abril 1999

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 22-11-1969

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma 4-11-1950

Declaración Universal de los Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General de la ONU 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948

Estatutos FIFA – Edición Julio 2012

Ley 48/1960 de Navegación Aérea

Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria.

Ley sobre Energía Nuclear 25/1964

Ley de Caza 1/1970

Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de Enero Sobre Protección Ciudadana

Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, de 18 de diciembre de 1987

Ley del Deporte 10/1990 de 15 de Octubre

Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana

Ley de Procedimiento Administrativo 30/1992

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Real Decreto 255/1996, de 16 de febrero, por el que se establece el régimen de infracciones y sanciones para la represión del dopaje.

Ley General Tributaria 58/2003, de 17 de diciembre

Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

Texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor R.D. 8/2004, de 29 de octubre

Ley Suiza sobre el Tribunal Federal, de 17-6-2005

Ley 6/2006, de 12 de abril, balear de caza y pesca fluvial

Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte

Ley Suiza de Procedimiento Criminal de 5 de Octubre de 2007

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, Real Decreto-Ley 1/2007, de 16 de noviembre

Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de caza de Extremadura.

Ley Orgánica de Deporte, Actividad Física y Educación Física (Venezuela) de 23-8-2011

Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo

Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea